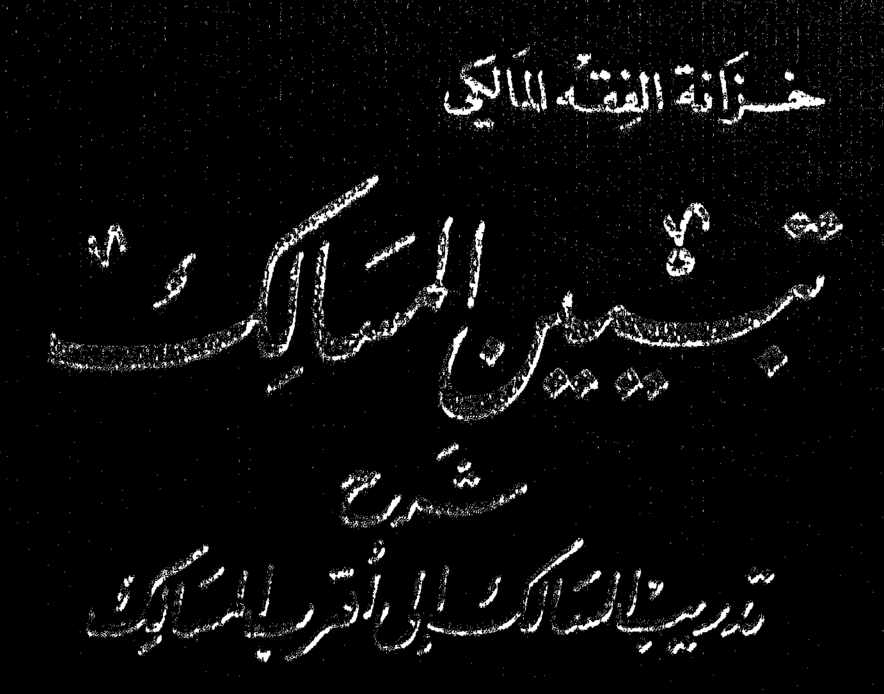


خزانة الفقه المالكي

تبيين المسالك

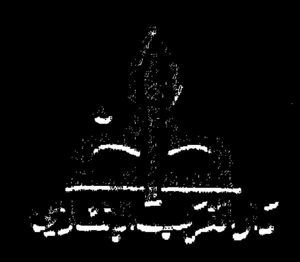
شرح

تدريب السالك إلى أقرب المسالك

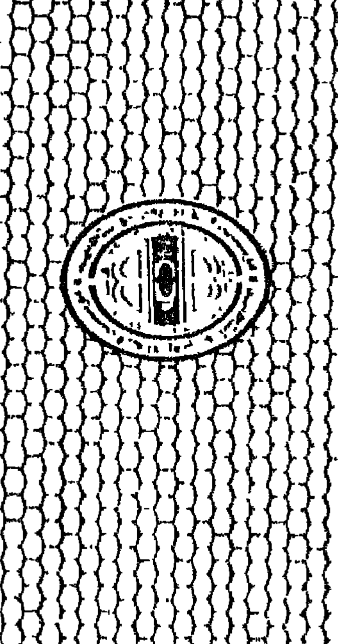
بمقدمة الشيخ عبد العزيز بن حمد آل مبارك الإحسائي

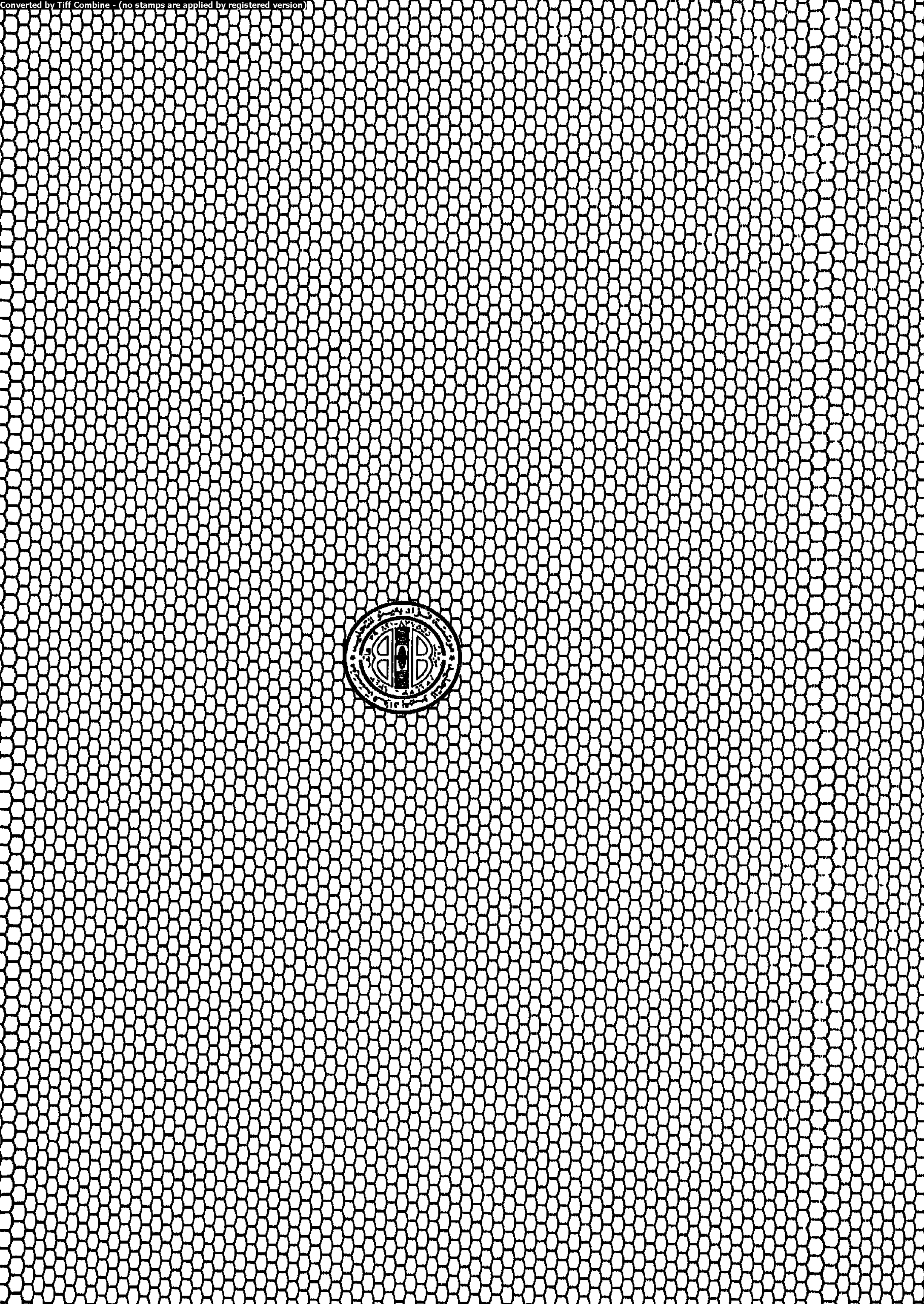
شرح الشيخ محمد الشيباني بن محمد
بن أحمد الشنقيطي موريتانيا

الجزء الثالث



دار الغرب الإسلامي







تبيين المسالك

شرح

تدريب السالك إلى أقرب المسالك


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

تبيين المسالك

شرح

تدريب السالك إلى أقرب المسالك

للعلامة الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي

شرح الشيخ محمد الشيباني بن محمد
ابن أحمد الشنقيطي الموريتاني

الجزء الثالث



الطبعة الثانية

مزيدة ومنقحة

1995 م

دار الغرب الإسلامي

ص. ب: 5787 - 113

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي وفقنا لهذا العمل بمنّه وهداه، ﴿وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله﴾[1] وأشهد أن لا إله إلا الله ولا نعبد إلا إياه، وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله الذي اجتباه واصطفاه، اللهم صلِّ عليه وعلى آله وصحبه ومن والاه وعمل بعمله واهتدى بهديه إلى يوم يلقاه.

أما بعد فيسرنا أن نقدم للقراء الجزء الثالث من كتابنا: (تبيين المسالك) الذي شرحنا به كتاب: (تدريب السالك إلى أقرب المسالك) للعلّامة الشيخ عبد العزيز بن حمد آل مبارك الأحسائي المالكي طيب الله ثراه.

سائلين الله عزّ وجل أن ينفع به طلبة العلم وجميع المسلمين، وأن يجعل عملنا خالصاً لوجهه الكريم، كما أسأله تعالى أن يعيننا على إكمال الجزء الرابع والأخير الذي قد يأخذ وقتاً نرجو أن لا يطول إن شاء الله.

﴿وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب﴾[2] وهو حسبي ونعم الوكيل.

أبو ظبي ١٠/ ١١/ ١٤٠٧

الموافق ٦/ ٧/ ١٩٨٧

محمد الشيباني بن محمد بن أحمد النجمري الشنقيطي (الموريتاني)

(١) الأعراف: ٤٣.

(٢) هود: ٨٨.



كِتَاب النّكاح وَمَا يتعَلّق بِهِ



النِّكَاحُ مَندوبٌ لمن رجَا نسلاً، أو كان له أَرَبٌ ولم يَخْشَ الزنى، وإلاّ وجب.

وأركانُه خمسةٌ: زوجٌ وزوجةٌ وإيجابٌ وقبولٌ ووليٌ.

* * *

النكاح لغةً: العقد. يقال: نكح الرجل المرأة نكاحاً: إذا تزوجها. ونكحها ينكحها: باضعها أيضاً. قاله في اللسان. قال: «وقال الأعشى في نكح بمعنى تزوج:

ولا تـقْـرَبَـنَّ جـارةً إنَّ سِـرَّهـا   عليك حرامٌ فـانكِحن أو تأبَّـدا[1]

وقال الجوهري: «النكاح: الوطء، وقد يكون العقد»[2].

وتعريفه شرعاً لا يختلف عن هذا التعريف اللغوي، إلا أنه في الشرع: استعمل حقيقة في العقد، ومجازاً في الوطء على الصحيح. قاله في الفتح. قال: «والحجة في ذلك كثرة وروده في الكتاب والسنّة للعقد، حتى قيل: إنه لم يرد في القرآن إلا للعقد. ولا يرد مثل قوله: «حتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غيرَه» لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسنة، وإلا فالعقد لا بد منه، لأن قوله:

(١) لسان العرب ٢/٦٢٥.

(٢) الصحاح ١/٤٣١.

«حتى تنكح»: معناه حتى تتزوج، أي يعقد عليها، ومفهومه أن ذلك كاف بمجرده، لكن بينت السنة أن لا عبرة بمفهوم الغاية، بل لا بُدَّ بعد العقد من ذوق العُسيلة» اهـ[1].

وقوله: «النكاح مندوب. . إلخ يعني أن النكاح ـ باعتبار الناكح ـ تعتريه أحكام الشرع الخمسة: الوجوب والندب والجواز والكراهة والمنع، فيندب لمن قدر عليهِ ورجا نسلاً، أو كان يشتهيـه ولا يخشى الزنى، أما إذا خشيه فيجب عليه إن لم يَكفَّه عن ذلك الصيام.

ويكره في حق من لا يشتهيه ولا يرجو نسلاً، ويقطعه عن الزيادة في الخير فإن لم يقطعه عن الزيادة في الخير جاز، ويحرم على من لم يخش عنتاً ولا يؤدي فيه حقوق الزوجة[2].

والأصل في ذلك ما في الصحيحين: «عن عبد الله بن مسعود أن النبي ﷺ قال: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»[3].

أما استحبابه لراجي النسل فالأصل فيه ما رواه أبو داود والنسائي: «عن معقل بن يسار قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وإنها لا تلد، أفأتزوجها؟ قال: «لا» ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة فقال: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم»[4].

وروى أحمد نحوه من حديث أنس وصححه ابن حبان[5].

وكما أن النكاح مندوب حسب ما أسلفنا، فإن نكاح البكر مندوب

(١) فتح الباري ٨٩/٩.
(٢) البهجة شرح التحفة ٢٣٥/١ وإكمال الإكمال ٥/٤.
(٣) زاد المسلم ٢٦٢/٤ ـ ٢٧٦.
(٤) مختصر سنن أبي داود ٦/٣ وفيض القدير ٢٤٢/٣.
(٥) بلوغ المرام ص ٢٠١.

أيضاً، لحديث جابر، قال: «لما تـزوجت قال لي رسـول الله ﷺ: «ما تزوجت؟» قلت: تزوجتُ ثيِّباً فقال: «هَلَّا بكراً تلاعبها وتلاعبك». أخرجه الخمسة. قاله في تيسير الوصول[1].

قال النووي ـ عند حديث ابن مسعود المتقدم: «فيه استحباب نكاح الشابة، لأنها المحصلة لمقاصد النكاح، فإنها ألذ استمتاعاً وأطيب نكهةً» قال: «وأقرب إلى أن يُعوِّدها زوجها الأخلاق التي يرتضيها»[2].

وعلى ذلك درج خليل فقال: «ندب لمحتاج ذي أهبة نكاح بكر ونظر وجهها وكفيها»[3]. قـال عق: «بل البكـر مندوب ثـان، فالأولى عـطفه بالواو»[4].

وهذا يعني أيضاً أن النظر إلى وجه المخطوبة وكفيها مندوب، والأصل في ذلك ما في صحيح مسلم: عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني تزوجت امرأة من الأنصار، فقال له النبي ﷺ: «أنظرت إليها؟» قال: لا. قال: «فاذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً»[5].

قال المازري: «ومجمله أن ينظر لما ليس بعورة كالوجه والكفين، إلا أن يخاف من النظر إليها فتنة فيمتنع خوفها، لا للعورة»[6].

وقال النووي: «فبالوجه يستدل على الجمال أو ضده، وبالكفين يستدل على خصوبة البدن أو عدمها»[7].

---

(١) تيسير الوصول ٤/٢٥٨.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/١٧٤.
(٣) مختصر خليل ص ١١٢.
(٤) شرح الزرقاني على خليل ٣/١٦٢.
(٥) صحيح مسلم ٢/١٠٤٠.
(٦) إكمال الإكمال ٤/٣٨.
(٧) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/٢١٠.

قال: «وهو مذهبنا ومذهب مالك وأبي حنيفة وسائر الكوفيين وأحمد وجماهير العلماء»[1].

وقوله: «فأركانه خمسة» يعني أن أركان عقد النكاح خمسة يتوقف عليها، وهي: المحل الذي هو الزوج، والزوجة، والولي، والصيغة، وهي: الإيجاب، والقبول.

وسيأتي توضيح ذلك في الفقرة الآتية إن شاء الله، عند كلام المصنف على شروط هذه الأركان.

* * *

فشرطُ الزَّوجِ الخُلوُّ من أربعٍ، ومَن يَحرُم جمعُها معها وشرطُ الزَّوجةِ: الخلوُّ من زوجٍ وعدةٍ من غيره أو استبراءٍ، وأن لا تكونَ كمجُوسيَّةٍ ولا أمة كتابيَّة.

وتجوزُ الحرَّةُ الكتابيةُ بكُرهٍ.

وأمَّا عَدَمُ المحرميةِ والإشكالِ ومُوجِبِ التَّأبيدِ أو البت قبل زوج فشرط فيهما.

* * *

يعني أن الزوج الذي هو أحد أركان النكاح يشترط فيه أن يكون خالياً من أربع زوجات، إذ لا يجوز له أكثر منهن. لقوله تعالى: ﴿فانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ النِّسَاءِ مَثنَى وَثُلاثَ ورُبَاعَ فإنْ خِفتُمْ ألَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[2].

أي فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى، وانكحوا ثُلاث في غير

(١) المرجع السابق.

(٢) النساء: ٣.

الحال الأولى، وانكحوا رُباع في غير الحالتين[1].

ولحديث سالم: «عن أبيه أن غيلان بن سلمة أسلم وله عشر نسوة فأسلمن معه، فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً». رواه أحمد والترمذي وصححه ابن حبان والحاكم، وأعله البخاري وأبو زرعة وأبو حاتم[2].

وعلى ذلك الإجماع قال ابن حزم: «واتفقوا على أن نكاح أكثر من أربع زوجات لا يحل لأحد بعد رسول الله ﷺ»[3].

كما يشترط للزوج أن لا تكون عنده من يحرم جمعها مع المخطوبة، لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[4] ولحديث أبي هريرة مرفوعاً: «لا يُجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها». أخرجه مالك والشيخان[5].

قال عياض: «واجمع المسلمون على الأخذ بهذا النهي، إلا طائفة من الخوارج لا يلتفت إليها»[6]. وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك[7].

وأما قوله: «ويشترط في الزوجة الخلو من زوج..» إلخ فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿والمُحصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾[8].

قال ابن عطية: «والمحصنات» عطف على المحرمات قبلُ» ثم قال: «قال ابن عباس وأبو قلابة وابن زيد ومكحول والزهري وأبو سعيد الخدري:

---

(١) زاد المسير ٢/٨.
(٢) بلوغ المرام ص ٢١٠.
(٣) مراتب الإجماع ص ٧٢.
(٤) النساء: ٢٣.
(٥) الموطأ ٢/٥٣٢ وزاد المسلم ٥/٣٤٩ - ٣٥٠.
(٦) إكمال الإكمال ٤/١٨.
(٧) الإجماع لابن المنذر ص ٧٧.
(٨) النساء: ٢٤.

هن ذوات الأزواج، أي هن محرمات»[1] .

وحكى ابن حزم الإجماع على ذلك[2] .

وشرط الزوجة أن تكون خالية من عدة واستبراء من غير الخاطب، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[3].

قال ابن العربي: «هذه عامة للبيان، أي لا تواعدوا نكاحاً ولا تعقدوه حتى تنقضي العدة»[4].

وقال ابن الجوزي: «قال ابن عباس ومجاهد والشعبي وقتادة والسدي: بلوغ الكتاب أجله: انقضاء العدة»[5].

وقوله: «وأن لا تكون كمجوسية.. إلخ، يعني أن شرط الزوجة أن تكون غير مجوسية، وغير وثنية أو شيوعية.

وبعبارة أخرى: يشترط فيها أن لا تكون غير مسلمة إلا الكتابية الحرة فيجوز نكاحها مع الكراهة.

والأصل في جواز نكاحها قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[6].

هذه الآية مخصِّصة لآية: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[7] أو ناسخة لها.

---

(١) المحرر الوجيز ٤/ ٧٤ - ٧٦.
(٢) مراتب الإجماع ص ٧٥.
(٣) البقرة: ٢٣٥.
(٤) أحكام القرآن ١/٢١٥.
(٥) زاد المسير ١/٢٧٨.
(٦) المائدة: ٥.
(٧) البقرة: ٢٢١.

قال القرطبي: «اختلف العلماء في تأويل هذه الآية؛ فقالت طائفة: حرم الله نكاح المشركات في سورة البقرة ثم نسخ من هذه الجملة نساء أهل الكتاب فأحلهن في سورة المائدة، وروي هذا القول عن ابن عباس.

وبه قال مالك بن أنس وسفيان بن سعيد الثوري وعبد الرحمٰن بن عمرو الأوزاعي.

وقال قتادة وسعيد بن جبير: لفظ الآية على العموم في كل كافرة، والمراد بها الخصوص في الكتابيات» اهـ[1].

وبه قال الثلاثة[2].

أما الدليل على كراهة نكاح الكتابية فأصله ما في المدونة وغيرها. ففيها: «قال مالك أكره نكاح نساء أهل الكتاب: اليهودية والنصرانية، قال: وما أحرِّمه، وذلك أنها تأكل الخنزير وتشرب الخمر، ويضاجعها ويقبلها، وذلك في فيها، وتلد منه أولاداً فتُغذِّي ولدها على دِينها، وتطعمه الحرام وتسقيه الخمر»[3] اهـ.

أما الإماء الكتابيات فلا يحل نكاحهن، لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أن يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمُ مِن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[4].

قال مالك في الموطإ: «لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية، لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿والمُحْصَنَات مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ والمُحْصَنَاتُ مِنَ الذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ فهن الحرائر من اليهوديات والنّصرانيات،

---

(١) تفسير القرطبي ٣/٦٧ ـ ٦٨.
(٢) أوجز المسالك ٩/٣٨٥ ومغني المحتاج ٣/١٨٧ والمغني ٦/٥٨٩ ـ ٥٩١.
(٣) المدونة ٢/٢١٦.
(٤) النساء: ٢٥.

وقال الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَن لَمْ يَسْتَطِع منكُمْ طَوْلاً أن يَنكِحَ المُحصَنَاتِ المؤمناتِ فمِمَّا ملكتْ أيْمَانُكُم مِن فَتَيَاتِكُم المؤمِناتِ﴾ فهن الإماء المؤمنات. قال مالك: فإنما أحل الله ـ فيما نرى ـ نكاح الإماء المؤمنات ولم يحلل نكاح إماء أهل الكتاب: اليهودية والنصرانية.

قال مالك: والأمة اليهودية والنصرانية تحِل لسيدها بملك اليمين، ولا يحل وطء أمة مجوسية بملك اليمين»[1].

قال الباجي: «وهذا كما قال إنه لا يحل نكاح أمة يهودية ولا نصرانية، وبهذا قال الشافعي وعامة الفقهاء غير أبي حنيفة، فإنه قال: بجواز ذلك. والدليل على ما نقوله ما استدل به مالك رحمه الله»[2].

ونحوه في المغني وأوجز المسالك، أي أن مالكاً والشافعي وأحمد متفقون على منع نكاح الأمة الكتابية.

وأجازه أبو حنيفة قال: «لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح»[3].

وقوله: «وأما عدم المحرمية...» إلخ يعني أن شرط الزوجين معاً أن يكون كل منهما خالياً من المحرمية للآخر، سواء أكانت المحرمية بنسب أو صهر أو رضاع. وسيأتي بيان ذلك للمصنف في فصل مستقل.

وبه قال الثلاثة[4].

ومعنى قول المصنف: «والإشكال» أن شرط الزوجين أن لا يكون أحدهما خنثى مشكلاً وهو الذي أشكل أمره فلم يتضح أنه ذكر ولا أنه أنثى حيث كان له ذكر وفرج ويبول من كليهما، إلى غير ذلك مما هو موضح في كتاب الفرائض إن شاء الله.

---

(١) الموطأ ٢/٥٤٠ ـ ٥٤١.

(٢) المنتقى ٣/٣٢٨.

(٣) المغني ٦/٥٨٩ ـ ٥٩٢ وأوجز المسالك ٩/٣٩٠ ـ ٣٩١.

(٤) بداية المجتهد ٢/٣٢ ـ ٣٦ والمغني ٦/٥٦٧ ـ ٥٧٢.

فالخنثى المشكل لا ينكِح ولا يُنكَح.

قال الحطاب: «قال ابن عرفة في باب النكاح: عبد الحق: لا يطأ ولا يوطأ. وقيل: يطأ أمته. وفي التوضيح هنا: ابن القاسم: يمنع النكاح من الجهتين» ثم قال: «وقال الشافعية يخير في أن ينكح بإحدى الجهتين»[1]اهـ.

ومن شروط الزوجين معاً أن لا تتأبد الحرمة بينهما، فمهما كانت مؤبدة ـ أصلاً ـ أو طرأ عليها التأبيد ـ حرم النكاح بينهما.

وتأبيد التحريم ـ بنوعيه ـ سيأتي توضيحه عند ذكر المحرمات بالنسب والصهر والرضاع، وعند ذكر نكاح المعتدة ووطئها في العدة.

وسيأتي الدليل على ذلك ومذاهب الأئمة فيه إن شاء الله.

ومن شروط الزوجين أيضاً أن لا تكون المعقود عليها مبتوتة ممن تـزوج بها قبل أن ينكحها بعده زوج غيره.

وسيأتي تفصيل ذلك ودليله ومذاهب الثلاثة إن شاء الله.

* * *

وَشَرطُ الوليِّ تكليف وذكوريةٌ وحرية. وأما عدمُ الإكراهِ والإحـرام فشرطٌ في الثلاثة، كما أن إسلام الزوجِ والوليِّ شرطٌ في المُسلمةِ. ومرضُ أحدِ الزوجينِ مانعٌ من العقدِ، فيفسَخُ إلا لصحةٍ قبله.

* * *

يعني أن الولي الذي تقدم أنه ركن في النكاح، يشترط فيه أن يكون ذكراً حراً عاقلاً بالغاً.

---

(١) مواهب الجليل ٤٣٢/٦.

فلا ولاية لامرأة على نفسها ولا على غيرها، فإن عقدت نكاحاً فسخ أبداً[1]. وبه قال الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد[2].

وقال أبو حنيفة: تُزوج المرأة نفسها بكراً كانت أو ثيباً، سواء باشرت العقد بنفسها أو وكلت غيرها[3].

وحجة الجمهور حديث أبي موسى: «لا نكاح إلا بولي» أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم وأطال في تخريج طرقه وقد اختلف في وصله وإرساله. .» قاله في التلخيص[4].

ويؤيده حديث: «لا تنكح المرأة المرأة ولا نفسها، إنما الزانية التي تنكح نفسها». أخرجه ابن ماجه والدارقطني عن أبي هريرة مرفوعاً[5].

وحديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر، لما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه، وابن ماجه وأبو عوانة والحاكم. . عن عائشة مرفوعاً[6].

وأخرج مالك في الموطإ «أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال: قال عمر بن الخطاب: لا تُنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان»[7].

ولا ولاية لعبد لا على نفسه ولا على غيره، ولا لصغير ومجنون لعدم

(١) الكافي ٢/٥٢٧.
(٢) مغني المحتاج ٣/١٤٧ والمغني ٦/٤٤٩ واللباب ٣/٨.
(٣) اللباب ٣/٨.
(٤) تلخيص الحبير ٣/١٥٦.
(٥) المرجع السابق ٣/١٥٧.
(٦) مختصر سنن أبي داود ٣/٢٦ ـ ٢٧ وتلخيص الحبير ٣/١٥٦.
(٧) الموطأ ٢/٥٢٥.

ولايتهما على أنفسهما، ولرفع القلم عنهما كما تقدم في حديث: «رفع القلم عن ثلاثة..» وعد منهم الصبي والمجنون، وبه قال الشافعي وأحمد. وأبو حنيفة، كما ورد عنه في كتاب اللباب[1].

وعزا له ابن رشد في بداية المجتهد جواز ولاية العبد قال: «فأما العبد فالأكثر على منع ولايته، وجوزها أبو حنيفة»[2].

وبما أن كتاب اللباب من كتب الحنفية أنفسهم فإن الاعتماد عليه أولى من غيره، لأن أهل مكة أدرى بشعابها.

ومع أن العبد لا ولاية له على نفسه ولا على غيره فإنه إن تزوج بغير إذن سيده، فلسيده إمضاء نكاحه، وله فسخه، أمّا الأمة فيتحتم فيها الفسخ [3].

والأصل في عدم ولاية العبد حديث جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر». أخرجه أبو داود وسكت عنه. قال المنذري: «وأخرجه الترمذي وقال: حديث حسن، هذا آخر كلامه. وفي إسناده عبد الله بن محمد بن عقيل، وقد احتج به غير واحد من الأئمة، وتكلم فيه غيرُ واحد من الأئمة»[4]. وإذا لم تكن له ولاية على نفسه فأحرى غيره.

قال الخطابي: «العاهر: الزاني، والعهر: الزنى، وإنما بطل نكاح العبد من أجل أن رقبته ومنفعته مملوكتان لسيده، وهو إذا اشتغل بحق الزوجة لم يتفرغ لخدمة سيده، وكان في ذلك ذهاب حقه فأبطل النكاح إبقاءً لمنفعته على صاحبه.

(١) الكافي ٥٢٢/٢ ومغني المحتاج ١٥٤/٣ وبداية المجتهد ١٢/٢ والمغني ٤٦٤/٦ - ٤٦٥ واللباب ١١/٣.

(٢) بداية المجتهد ١٢/٢.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٢٢٢/٢.

(٤) مختصر سنن أبي داود ٢٣/٣.

ومِمن أبطل عقد هذا النكاح: الأوزاعي والشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه. وقال مالك وأصحاب الرأي: إن أجازه السيد جاز، وإن أبطله بطل»[1]اهـ.

وقوله: «وأما عدم الإكراه والإحرام فشرط في الثلاثة». معناه أن الزوج والزوجة والولي يشترط في كل منهم أن لا يكون مكرهاً على النكاح ولا متلبساً بإحرام في حج أو عمرة.

أما اشتراط عدم الإكراه فالأصل فيه حديث: «إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». أخرجه ابن ماجه عن أبي ذر الغفاري مرفوعاً. ورمي بعض رواته بالضعف[2].

وأخرجه الحاكم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»[3].

وأما اشتراط خلو الزوجين والولي من الإحرام فالأصل فيه ما أخرجه مالك ومسلم عن عثمان بن عفان قال قال رسول الله ﷺ: «لا يَنكِح المحرم ولا يُنكِح ولا يخطب»[4].

قال الباجي: «وإلى هذا ذهب مالك والشافعي، وبه قال عمر بن الخطاب وابنه عبد الله وعثمان بن عفان وسعيد بن المسيِّب.

وقال أبو حنيفة: يعقد المحرم النكاح لنفسه ولغيره، وبه قال الثوري

---

(١) المرجع السابق (معالم السنن معه).

(٢) سنن ابن ماجه ١/٦٥٩.

(٣) المستدرك ٢/١٩٨.

(٤) الموطأ ١/٣٤٨ - ٣٤٩ ومختصر صحيح مسلم ص ٢١٢.

والقاسم بن محمد، وروي عن معاذ بن جبل وابن عباس»[1]اهـ.

وقال أحمد بما قال مالك والشافعي: إن المحرم لا ينكِح ولا يُزوج غيره[2].

واحتج أبو حنيفة ومن معه بحديث ابن عباس قال: «تزوج النبي ﷺ ميمونة وهو محرم». متفق عليه[3]. وللبخاري عن ابن عباس قال: «تزوج النبي ﷺ ميمونة وهو محرم، وبنى بها وهو حلال، وماتت بسرف»[4].

غير أن مسلماً روى عن يزيد بن الأصم عن ميمونة نفسِها أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال، قال: وكانت خالتي وخالة ابن عباس[5].

وأخرجه الترمذي وابن ماجه، وأبو داود، ولفظه: «تزوجني رسول الله ﷺ ونحن حلالان بسرف»[6]. وفي الموطإ: «عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج»[7].

وفي هذه الأحاديث دليل على ما ذهب إليه الجمهور من عدم جواز نكاح المُحرِم، لأن ميمونة أدرى بنفسها من غيرها، ولذلك قال سعيد بن المسيب: «وهِمَ ابن عباس في تزويج ميمونة وهو محرم». رواه أبو داود[8]. هذا بالإضافة إلى حديث عثمان المتقدم عند مالك ومسلم.

---

(١) المنتقى ٢/٢٣٨.
(٢) الروض المربع ١/١٣٩.
(٣) بلوغ المرام ص ٢٠٧.
(٤) صحيح البخاري ٤/١٥٥٣.
(٥) صحيح مسلم ٢/١٠٣٢.
(٦) مختصر سنن أبي داود ٢/٣٥٩.
(٧) الموطأ ١/٣٤٨.
(٨) مختصر سنن أبي داود ٢/٣٥٩.

قال ابن عبد البر ـ معقباً على حديث سليمان بن يسار ـ: «والرواية أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال متواترة عن ميمونة بعينها، وعن أبي رافع مولى النبي ﷺ، وعن سليمان بن يسار مولاها وعن يزيد بن الأصم وهو ابن أختها، وهو قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبي بكر بن عبد الرحمٰن وابن شهاب، وجمهور علماء المدينة أن رسول الله ﷺ لم ينكح ميمونة إلا وهو حلال قبل أن يحرم.

ومّا أعلم أحداً من الصحابة روى أن رسول الله ﷺ نكح ميمونة وهو محرم إلا عبد الله بن عباس، ورواية من ذكرنا معارضة لروايته، والقلب إلى رواية الجماعة أميل، لأن الواحد أقرب إلى الغلط.

وأكثر أحوال حديث ابن عباس أن يُجعَل متعارضاً مع رواية من ذكرنا، فإذا كان كذلك سقط الاحتجاج بجميعها، ووجب طلب الدليل على هذه المسألة من غيرها، فوجدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه قد روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن نكاح المحرم؛ فقال: «لا ينكح المحرم ولا ينكح». فوجب المصير إلى هذه الرواية التي لا معارض لها، لأنه يستحيل أن ينهى عن شيء ويفعله مع عمل الخلفاء الراشدين لها، وهم: عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم»[1] اهـ.

والحديث الذي ذكر عن عثمان هو الذي تقدم تخريجه عند مالك ومسلم.

وقوله: «كما أن إسلام الزوج والولي شرط في المسلمة» يعني أن زوج المسلمة يشترط فيه الإسلام وكذلك وليها، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾[2]. وقوله عَز وجل: ﴿فإنْ عَلِمتمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ ولَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وآتوهم مَا أنفقوا﴾[3].

---

(١) التمهيد ٣/١٥٢ ـ ١٥٣.

(٢) البقرة: ٢٢١.

(٣) الممتحنة: ١٠.

وحكى ابن جزي الإجماع على ذلك[1]. كما حكاه القرطبي قال: «وأجمعت الأمة على أن المشرك لا يطأ المؤمنة بوجه، لما في ذلك من الغضاضة على الإسلام»[2].

أما اشتراط إسلام الولي فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بعضٍ يَأْمُرُونَ بِالمَعْرُوفِ وَيَنهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾[3].

وعلى ذلك الإجماع، قال ابن قدامة في المغني: «أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال، بإجماع أهل العلم، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي. وقال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم». ثم استدل بالآية الآنفة الذكر: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾[4].

وقوله: «ومرض أحد الزوجين مانع من العقد..»، الخ يعني أن الزوجين، إذا كان بهما أو بأحدهما مرض مخوف يُتوقع منه الموت - فإن عَقْدَ النكاح يُمنع بينهما، لما في ذلك من إدخال وارث. وفي ذلك ضرر بالورثة - فإن وقع النكاح عُجِّل بفسخه، سواء قبل الدخول أو بعده، إلا إذا صح المريض منهما قبل الفسخ فيمضي النكاح.

وإذا فسخ النكاح، بعد الدخول وكانت الزوجة هي المريضة فلها المسمى، وإن كان الزوج هو المريض فعليه الأقل من ثلث ماله ومن المسمى، وصداق المثل على المشهور. وإذا وقع الفسخ قبل الدخول فلا شيء للزوجة[5].

---

(١) القوانين الفقهية ص ٢١٩.
(٢) تفسير القرطبي ٣/٧٢.
(٣) التوبة: ٧١.
(٤) المغني ٦/٤٧٢.
(٥) الشرح الصغير ٢/٤٢٧ - ٤٢٨.

وقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز نكاح المريض مهما كان مرضه.
وسبب اختلاف العلماء في ذلك ـ تردد النكاح بين البيع وبين الهبة، وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه. قاله في بداية المجتهد، وقال: «ولاختلافهم أيضاً سبب آخر، وهو: هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يتهم؟»[1]اهـ.

* * *

ولا يُشْتَرطُ في الْوَلِيِّ عدالةٌ ولا رُشد إذَا كَان ذَا رأي.

والإيجابُ: قولُ الوليِّ: أنكحتُ أو زوَّجتُ، وَلَوْ لَمْ يُذكر صداقٌ، أو وَهبْتكَ إن ذَكَرَ صَداقاً، لا نحْوَ أعَرتُكَ.

والقُبول: قوْلُ الزَّوجِ أو وَكيله: قبلتُ وَرَضِيتُ.

* * *

يعني أن الولي لا يشترط فيه أن يكون عدلاً، فتصح ولاية الفاسق مع ترك الكمال. قال خليل: «لا فسق وسلب الكمال»[2].

وبه قال أبو حنيفة[3] وقال الشافعي وأحمد: إن العدالة شرط في الولي[4].

كما أنه لا يشترط في الولي العاقل رشد، إذا كان غير محجور اتفاقاً، وكذلك إذا كان محجوراً عليه على المشهور، لأن الحجر عليه إنما هو في ماله، فإذا كان له عقل يأنف به عن تزويج وليته لغير كفؤ فهو أولى بالعقد، أما إذا كان ضعيف العقل فلا يتولى العقد بأي حال.

(١) بداية المجتهد ٢/٣٥.
(٢) مختصر خليل ص ١١٤.
(٣) المنتقى ٣/٢٧٢.
(٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/٧٢ والروض المربع ٢/٣٠٢.

وقال ابن وهب: لا يتولى السفيه المحجور العقد ولو كان ذا عقل ورأي، لأن الحجر عليه ينافي عقده[1].

وعليه فإن قول خليل: «وعقد السفيه ذو الرأي بإذن وليه»[2] محمول على الاستحباب في مشهور المذهب[3].

وقولَه: «والإيجاب قول الولي أنكحت..» إلخ. هذه هي الصيغة التي تقدم أنها أحد أركان النكاح، وهي اللفظ الدال على النكاح، وتشمل الإيجاب والقبول.

فالإيجاب ـ كما قال المصنف ـ أن يقول الولي أو موكله: أنكحتك أو زوجتك ابنتي أو موكلتي: فلانة، أو زوجتك ابنتي أو موكلتي. فهذا إيجاب صريح ولو لم يُسمَّ فيه صداق.

أما إذا قال: وهبتك ابنتي أو وليتي فلا بد من ذكر الصداق وقدره، أو ذكر التفويض، وسيأتي توضيح نكاح التفويض إنْ شاء الله.

وأما إذا قال أعرتك أو أحللت أو أبحت لك فلا ينعقد النكاح بذلك. قال أبو عمر: «أجمعوا على أنه لا ينعقد بلفظ الإحلال، ولا بلفظ الإباحة». نقله المواق[4].

أما القبول ـ فكما قال المصنف: قول الزوج أو موكله: قبلت أو رضيت. ونحو ذلك. ويصح تقديم القبول كأن يقول الخاطب: زوجني ابنتك فيقول الأب: زوجتكها. قال خليل: «وبزوجني فيفعل»[5].

---

(١) المنتقى ٣/٢٧١.
(٢) مختصر خليل ص ١١٤.
(٣) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٣/١٨٣.
(٤) التاج والإكليل ٣/٤٢٠.
(٥) مختصر خليل ص ١١٢ ـ ١١٣.

والأصل في الصيغة ما رواه مالك والشيخان: «عن سهل بن سعد الساعدي أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله! إنني قد وهبت نفسي لك. فقامت قياماً طويلاً فقام رجل، فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ﷺ: «هل عندك من شيء تصدقها إياه؟» فقال: ما عندي إلا إزاري هذا. فقال رسول الله ﷺ: «إن أعطيتها إياه جلستَ لا إزار لك،! فالتمس شيئاً» فقال: ما أجد شيئاً! قال: «التمس ولو خاتماً من حديد». فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له رسول الله ﷺ: «هل معك من القرآن شيء؟» فقال: نعم، معي سورة كذا، وسورة كذا، لسور سماها، فقال له رسول الله ﷺ: «قد أنكحتكها بما معك من القرآن»[1]. وفي رواية للشيخين: «قد ملكتكها بما معك من القرآن»[2]. وفي رواية لمسلم: «انطلق فقد زوجتكها، فعلمها من القرآن»[3].

وجه الاستدلال: وجود الصيغة فيه بألفاظ: «زوجت وأنكحت، وملّكت» التي بمعنى وهبت مع ذكر الصداق، ويؤخذ منه أيضاً صحة تقديم القبول على الإيجاب.

وقال أبو حنيفة: ينعقد النكاح بلفظ النكاح والتزويج والتمليك والهبة والصدقة والبيع، ولا ينعقد بلفظ الإجارة والإباحة[4].

وقال الشافعي وأحمد: لا ينعقد النكاح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح[5].

أما قوله ﷺ: «قد أنكحتكها» أو «ملكتكها بما معك من القرآن» فيحتمل معنيين: أحدهما: زوجتكها من أجل ما معك من القرآن، وأن هذا

---

(١) الموطأ ٢/٥٢٦ ونيل الأوطار ٦/٣١٤ ـ ٣١٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) صحيح مسلم ٢/١٠٤١.

(٤) الهداية ١/١٩٠. واللباب ٣/١٠.

(٥) مغني المحتاج ٣/١٤٠ والمغني ٦/٥٣٢ ـ ٥٣٣.

خاص بذلك الرجل دون غيره من الناس وهو ما فسره به الليث والطحاوي. والآخر: أن يعلمها ما معه من القرآن وهو ما فسره به مالك[1]. ويتفق مع رواية مسلم: «انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن».

والإصداق بتعليم القرآن فيه ثلاثة أقوال بمذهبنا أحدها المنع، والثاني الكراهة، والثالث الجواز، والمشهور المنع والصحة[2].

ومشهور مذهب أحمد المنع وعدم الصحة. وقال الشافعي بجوازه، وقال أبو حنيفة: يصح العقد ولها مهر مثلها[3].

* * *

ويُشتَرَطُ للنِّكَاحِ إشهادُ عدلين قبلَ الدُّخول ويُفسَخُ إن دَخَلَ قبله، ويُحَدَّانِ إن حصَلَ وطءٌ ولم يفشُ بكوليمةٍ أو دفٍّ.

وصداقُ أقلُّه رُبُعُ دينارٍ أو ثلاثةُ دراهم، أو ما يقوم بأحدِهما، والْمُضِرُّ في هذا التواطؤ على إسقاطِه، فَلَو سكت عن ذِكر الصَّداق حتى حَصَلَ الدُّخولُ لزمه صداقُ المثلِ، كما في التَّفْويض - وهو جائزٌ والتسْميةُ أولى، ويجبُ بيانُ نوع الصداقِ في التَّسميةِ وقدرِه وأجلِه. وتملِكُهُ بالدُّخولِ أو الموتِ، ونصفَه بالطَّلاقِ.

* * *

يعني أن النكاح يشترط له شهادة رجلين عدلين غير الولي قبل الدخول ويندب عند العقد، فإن وقع دخول قبل الإشهاد فسخ النكاح بطلقة بائنة وحُدَّ

(١) إكمال الإكمال ٤/٤٣ والمنتقى ٣/٢٧٧.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٨.

(٣) الروض المربع ٢/٣٨٠ والهداية ١/٢٠٧ وصحيح مسلم بشرح النووي ٩/٢١٤.

الزوجان، إلا إذا فشا النكاح بينهما بوليمة أو دف، ونحوهما فلا يُحدَّان لحصول شبهة تدرأ الحد. والشاهد الواحد بمنزلة الفشو يدرأ الحد[1].

والأصل في ذلك حديث: «لا نكاح إلا بـولي وشاهـدي عدل». أخرجه البيهقي عن عمران وعائشة. قاله في الجامع الصغير، وأشار إلى صحته، وأيده في ذلك الذهبي والدارقطني وتكلم النسائي في أحد رواته، وقال البخاري: منكـر الحديث[2].

وقال الثلاثة: لا ينعقد النكاح إلا بشاهدين عند العقد[3]، وتقدم أن مالكاً لا يشترط الإشهاد عند العقد، وإنما يشترطه قبل الدخول إذ ليس ركناً عنده، وحجة الجميع حديث البيهقي المتقدم.

ويتفق الشافعي مع مالك في شرط العدالة في الشاهدين، وكذلك أحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى أن العدالة ليست بشرط فيهما، وهو قول أبي حنيفة[4]. ويتفق الشافعي وأحمد مع مالك في شرط الذكورية في الشاهدين. وقال أبو حنيفة: ينعقد برجل وامرأتين[5].

وقوله: «وصداق أقله ربُعُ دينار» إلخ.. يعني أن الصداق شرط للنكاح وأقله ربُعُ دينار ذهباً شرعياً أو ثلاثةُ دراهم فضة خالصة، أو مقوم بأحدهما من العملات الورقية والمعدنية أو من العروض، فإن نقص عما ذكر ودخل بها لزمه إكماله: ربع دينار أو ثلاثة دراهم، ولا يفسخ، وإن لم يدخل أمر بإكماله فإن أتمه فلا فسخَ، وإن أبى فسخ بطلاق، ولها نصف المسمى[6].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[7] قال القرطبي: «هذه الآية تدل على وجوب الصداق للمرأة، وهو مجمع عليه»[8]

---

(1) مواهب الجليل ٣/٤١٠. (2) فيض التدير ٦/٤٣٨.

(3) الهداية ١/١٩٠ ومغني المحتاج ٣/١٤٤ والمغني ٦/٤٥٠ - ٤٥٢

(4) المرجع السابق. (5) المراجع السابقة.

(6) مختصر خليل ص ١٢٤ والشرح الصغير ٢/٤٢٨ و ٤٤٠ - ٤٤١.

(7) النسـاء: ٤. (8) تفسير القرطبي ٥/٢٤.

أما أقله ففي الموطإ: «قال مالك: لا أرى أن تُنكح المرأة بأقل من ربع دينار، وذلك أدنى ما يجب به القطع»[1]. واحتج مالك بقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوالِكُمْ . .﴾[2] وقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ لم يَسْتَطِعْ منكُم طولاً﴾[3] فتدل الآيتان على أن المراد: ما له بال من المال، وأقله: ما استبيح به قطع العضو المحترم. قاله عياض[4].

وبه قال أبو حنيفة، أي أن أقل الصداق ما يجب فيه القطع إلا أن أقل ما يجب فيه القطع عنده عشرة دراهم[5].

وقال الشافعي وأحمد: لا حد لأقله فكل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع، جاز أن يكون صداقاً[6] واحتجا بما تقدم آنفاً في حديث: سهل بن سعد عند مالك والشيخين: «التمِس ولو خاتماً من حديد». أما أكثره فلا حد له عند الجميع[7].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً﴾[8]. قال القرطبي: «الآية دليل على جواز المغالاة في المهور، لأن الله تعالى لا يمثل إلا بمباح»[9]. وحكى ابن عبد البر الإجماع على ذلك[10].

غير أن جواز المغالاة في الصداق لا يتنافى مع كراهتها التي نص عليها العلماء، فقد روى أحمد وأصحاب السنن عن أبي العجفاء أن عمر

---

(١) الموطأ ٢/٥٢٨.
(٢) النساء: ٢٤.
(٣) النساء: ٢٥.
(٤) فتح الباري ٩/١٨٠.
(٥) الهداية ١/٢٠٤.
(٦) مغني المحتاج ٣/٢٢٠ والمغني ٦/٦٨٢.
(٧) جواهر الإكليل ١/٣٠٩ واللباب ٣/١٤ والمغني ٦/٦٨١.
(٨) النساء: ٢٠.
(٩) تفسير القرطبي ٥/٩٩.
(١٠) المغني ٦/٦٨١.

قال: «لا تُغلوا صُدُق النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى، في الآخرة كان أولاكم بها النبي ﷺ، ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أُصدقت امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية» وصححه الترمذي[1].

وروى الجماعة نحوه من حديث عائشة[2].

وقوله: «والمضر في هذا التواطؤ على إسقاطه..» إلخ يعني أن الذي لا يقبله الشرع هو إسقاط الصداق عن الزوج باشتراط عدمه أو التواطؤ معه على ذلك، أما غير ذلك فلا يضر، سواء ذكر عند العقد أو لم يذكر عنده، فلو لم يذكر عند الدخول تقرر صداق المثل، وكذلك إذا مات أحدهما قبل تسمية الصداق. وفي هذه الحالة ـ كما ذكر المصنف ـ يكون كنكاح التفويض.

ونكاح التفويض جائز وهو عقد بلا تسمية مهر ولا دخول على إسقاطه، ويلزم فيه صداق المثل عند الدخول. غير أن تسمية المهر عند العقد أولى وأفضل كما ذكر المصنف.

والأصل في جواز نكاح التفويض قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُم إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تمسُّوهُنَّ أو تَفْرضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[3].

فأباح الطلاق مع عدم الفرض والمسيس، والطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح. نقله الباجي عن أبي محمد[4].

وإذا وقع الطلاق في نكاح التفويض قبل الدخول فلا يلزم شيء من الصداق لكن تندب المتعة كما سيأتي إن شاء الله.

---

(١) نيل الأوطار ٣١٢/٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) البقرة: ٢٣٦.

(٤) المنتقى ٢٨٠/٣.

وإذا مات الزوج قبل فرض الصداق وقبل الدخول فلا صداق لها، ولها الإرث. والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن مالك عن نافع أن ابنة عبيد الله ابن عمر وأمها بنت زيد بن الخطاب كانت تحت ابنٍ لعبد الله بن عمر فمات ولم يدخل بها، ولم يسم لها صداقاً، فابتغت أمها صداقها. فقال عبد الله بن عمر: ليس لها صداق. ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نظلمها. فأبت أمها أن تقبل ذلك، فجعلوا بينهم زيد بن ثابت، فقضى أن لا صداق لها ولها الميراث»[1].

وبه قال الشافعي في أحد قوليه، والقول الآخر أن لها الصداق وهو المذهب عند أبي حنيفة وأحمد[2] لأثر علقمة قال: «أُتي عبد الله في امرأة تزوجها رجل ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقاً ولم يكن دخل بها، قال فاختلفوا إليه فقال: أرى لها مثل مهر نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة، فشهد معقل بن سنان الأشجعي أن النبي ﷺ قضى في بَرْوَعَ ابنة واشق بمثل ما قضى». رواه الخمسة وصححه الترمذي. قاله في منتقى الأخبار[3].

قال الشوكاني: «أخرجه أيضاً الحاكم والبيهقي وابن حبان، وصححه أيضاً ابن مهدي، وقال ابن حزم: «لا مغمز فيه لصحة إسناده، وقال الشافعي: لا أحفظه من وجه يثبت مثله..» وأطال الكلام حوله إثباتاً ونفياً غير أن كفة التصحيح أرجح[4].

وقوله: «ويجب بيان نوع الصداق في التسمية» الخ، يعني أن الصداق إذا كان مُسمّى عند العقد يجب بيانُ قدرِه وأجله ونوعه.

وتملك الزوجة الصداق كله بالوطء، أو بموت الزوج أو موتها. أو إقامة

---

(١) الموطأ ٢/٥٢٧.

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٣١ والمغني ٦/٧٢١.

(٣) نيل الأوطار ٦/٣١٧ ـ ٣١٨.

(٤) المرجع السابق.

الزوج سنة معها بلا وطء إذا كان بالغاً وكانت مطيقة، قال خليل: «وتقرر بوطء وإن حرم وموت واحد وإقامة سنة»[1].

ونملك نصف الصداق إذا طلقت قبل البناء لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾[2].

وحكى القرطبي الإجماع على ذلك[3].

* * *

ويَحِلُّ بالعقدِ الصَّحِيحِ تمتُّعُ الزوجِ بما شاءَ من الزوجةِ إلا الوطءَ بالدّبرِ وتَحرم خِطبةُ الرَّاكِنَةِ لغيرِ فَاسِقٍ أو له من مثلِه والتصريحُ بالخِطبَةِ للمعتدةِ أو المستبرأةِ إن لم تكن مُجبرة، وإلا فلوليِّها. فإن عقد فيها وَوَطِيء أو تلذَّذَ فيهَا وَوَطِيء بعدَهَا مسْتنِداً لذلك العقد تأبَّد التحريمُ.

ونُدِبَ خُطبةٌ عند التماسِ النِّكاحِ وعندَ العقدِ، وتَفْوِيضُ الوليِّ العقدَ لصالحٍ، وإعلانُ النِّكاحِ بكدُفٍّ، والله أعلم.

* * *

يعني أن الزوج يحل له أن يتمتع من زوجته بكل ما شاء من لمس ووطء وغيرهما باستثناء الوطء في الدبر فيحرم، وذلك بعد العقد الصحيح للنكاح بينهما، ولو قبل تسليم الصداق أو بعضه لحديث عائشة: «أمرني

---

(١) مختصر خليل ص ١٢٤.

(٢) البقرة: ٢٣٧.

(٣) تفسير القرطبي ٣/٢٠٤.

رسول الله ﷺ أن أُدخل امرأة على زوجها قبل أن يُعطيها شيئاً». رواه أبو داود وابن ماجه وسكت عنه المنذري إلا أن أبا داود قال: خيثمة لم يسمع من عائشة[1].

ويدل هذا الحديث على أنه لا يُشترط في صحة النكاح أن يُسلِّم الزوج إلى المرأة مهرها قبل الدخول. قاله الشوكاني: قال «ولا أعرف في ذلك خلافاً»[2]. بيد أن للزوجة منع نفسها من الدخول حتى يُسلَّم لها معجل الصداق، هذا قبل أن يحصل وطء أو تمكين لا بعدهما[3].

ويحل للزوجين بعد العقد الصحيح أن ينظر كلٌّ منهما لجميع جسد الآخر بما في ذلك الفرج. قال خليل: «وحل لهما حتى نظر الفرج كالملك، وتمتع بغير دبر»[4].

أما حديث: «إذا جامع الرجل زوجته فلا ينظر إلى فرجها، فإن ذلك يورث العشا». فضعيف قال في التلخيص: «رواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بقية عن ابن جريج، قال: وهذا يمكن أن يكون بقية سمعه من بعض شيوخه الضعفاء عن ابن جريج فدلسه. وقال ابن أبي حاتم في العلل: سألت أبي عنه فقال: موضوع، وبقية مدلس». قال: «وخالف ابن الصلاح فقال: جيد الإسناد، كذا قال وفيه نظر»[5].

بيد أن النظر إلى الفرج مكروه لكلا الزوجين. قال الشيخ زروق في شرح الرسالة: «وهو وإن كان متفقاً عليه، لكنهم كرهوا ذلك للطب، لأنه

(١) نيل الأوطار ٦/٣١٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الصغير ٢/٤٣٤.
(٤) مختصر خليل ص ١١٢.
(٥) تلخيص الحبير ٣/١٤٩.

يؤذي البصر ويورث قلة الحياء في الولد، والله أعلم» نقله البناني[1].

وفي سنن ابن ماجه: «عن عائشة قالت: ما نظرت، أو ما رأيت فرج رسول الله ﷺ قط»[2].

وهذا محمول على كراهة النظر لا على الحرمة. والله أعلم.

أما الدليل على عدم حرمة نظر الفرج من أحد الزوجين فهو حديث بهز ابن حكيم عن أبيه عن جده قال: يا رسول الله: عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك» أخرجه أحمد وأصحاب السنن والحاكم والبيهقي وحسنه الترمذي وصححه الحاكم[3].

وبه قال الشافعي وأحمد أي بجواز نظر الفرج مع الكراهة[4].

أما الوطء في الدبر فالأصل في تحريمه ما أخرجه أحمد وأصحاب السنن عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ملعون من أتى امرأة في دبرها» وفي إسناده الحارث بن مخلد، قال البزار: ليس بمشهور، وقال ابن القطان لا يُعرف حاله وقد اختلف فيه على سهيل.. قاله في التلخيص[5].

وعن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «هي اللوطية الصغرى».

---

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٣/١٦٣.
(٢) سنن ابن ماجه ١/٦١٩.
(٣) مختصر سنن ابن أبي داود ٦/١٩ وفيض القدير ١/١٩٥ ـ ١٩٦.
(٤) مغني المحتاج ٣/١٣٤ والمغني ٦/٥٥٧.
(٥) تلخيص الحبير ٣/١٨٠.

يعني الرجل يأتي امرأته في دبرها. رواه أحمد والبزار والطبراني في الأوسط. ورجال أحمد والبزار رجال الصحيح.

وعن عمر قال قال رسول الله ﷺ: «استحيوا، فإن الله لا يستحيي من الحق، ولا تأتوا النساء في أدبارهن» رواه أبو يعلى، والطبراني في الكبير والبزار. ورجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا يعلى بن اليمان وهو ثقة.. قاله في مجمع الزوائد فيهما[1].

وبه قال الثلاثة قال النووي: «واتفق العلماء الذين يُعتد بهم على تحريم وطء المرأة في دبرها حائضاً كانت أو طاهراً، لأحاديث كثيرة مشهورة»[2]. ومثله في أحكام القرآن للجصاص، قال: «فكان أصحابنا ـ يعني الحنفية ـ يحرمون ذلك ـ يعني ـ إتيان النساء في أدبارهن ـ وينهون عنه أشد النهي»[3] ونحوه في زاد المسير لابن الجوزي[4]:

أما ما نسب لإمامنا مالك رحمه الله من جواز ذلك فإنه اختلاق لا أساس له من الصحة، ولا أدلَّ على أنه كذب ـ من كونه نُسب إليه في كتاب يسمى «كتاب السر» وحاشا مالكاً أن يكون له كتاب سر.

قال القرطبي عند قوله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾[5] بعد أن ذكر الأحاديث الواردة في سبب نزول الآية ـ ما نصه: «هذه

---

(١) مجمع الزوائد ٤/٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٦.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٥١.

(٤) زاد المسير ١/٢٥٢.

(٥) البقرة: ٢٢٣.

الأحاديث نص في إباحة الحال والهيئات كلها إن كان الوطء في موضع الحرث، أي كيف شئتم من خلف ومن قُدام وباركا ومستلقية، ومضطجعة، فأما الإتيان في غير المأتى فما كان مباحاً ولا يباح! وَذِكرُ الحرث يدل على أن الإتيان في غير المأتى محرم.

(وحرث) تشبيه لأنهن مزدرع الذرية، فلفظ الحرث يعطي أن الإباحة لم تقع إلا في الفرج خاصة إذ هو المزدرع، وأنشد ثعلب:

إنــمـــا الأرحـــام أر ضنــون لنا محتــرثـات
فـعلينـــا الـــزرع فيـهـــا وعـــلى الله الـــنــبـــات»

وقال: إن مالكاً حُكي عنه إباحة الوطء في الدبر في كتاب يسمى: «كتاب السر» «وحذاق أصحاب مالك ومشايخهم ينكرون ذلك الكتاب، ومالك أجل من أن يكون له كتاب سر». وقال نقلاً عن ابن العربي في قبسه: «وقد حرم الله تعالى الفرج حال الحيض لأجل النجاسة العارضة، فأولى أن يحرم الدبر لأجل النجاسة اللازمة.

وقال مالك لابن وهب وعلي بن زياد لما أخبراه أن ناساً بمصر يتحدثون عنه أنه يجيز ذلك، فنفر من ذلك، وبادر إلى تكذيب الناقل فقال: كذبوا عليَّ، كذبوا عليّ، كذبوا عليّ! ثم قال: ألستم عرباً، ألم يقل الله: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾؟ وهل يكون الحرثُ إلا في موضع المنبت؟.

وما استدل به المخالف من أن قوله عز وجل: «أنى شئتم» شامل للمسالك بحكم عمومها فلا حجة فيها إذ هي مخصصة بما ذكرناه، وبأحاديث صحيحة حسان وشهيرة رواها عن رسول الله ﷺ اثنا عشر صحابياً بمتون

مختلفة كلها متواردة على تحريم إتيان النساء في الأدبار، ذكرها ابنْ حنبل في مسنده وأبو داود والنسائي والترمذي وغيرهم»[1]اهـ.

وقوله: «وتحرم خِطبة الراكنة لغير فاسق» الخِطبة (بكسر الخاء) هي التماس نكاحْ المرأة، والراكنة هي: المخطوبة التي ركنت للخاطب واتفقت ـ أو وليها ـ معه على النكاح، فتحرم خطبتها إلا إذا كان الذي ركنت إليه فاسقاً وكان الخاطب الثاني صالحاً أو مستور حال فيجوز له خطبتها، لأن في نكاحه لها تخليصاً لها من فسق الراكن.

والأصل في منع خِطبة الراكنة حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» أخرجه مالك بهذا اللفظ عنه وعن أبي هريرة[2].

وأخرجه البخاري عن ابن عمر بلفظ: «نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خِطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»[3].

وفسر مالك الحديث فقال: «وتفسير قول رسول الله ﷺ فيما نرى ـ والله أعلم ـ: «لا يخطب على خطبة أخيه» أي يخطب الرجل المرأة فتركن إليه ويتفقان على صداق واحد معلوم، وقد تراضيا»[4] فإن تزوجها الثاني في حالة المنع فسخ عقده قبل البناء، قيل وجوباً، وقيل: استحباباً، وعليه الأكثر[5] أما بعد الدخول فلا فسخ اتفاقاً.

وقال الثلاثة: لا يفسخ نكاحه بأي حال إلا أنه إن تزوجها بعد ركونها للأول فقد فعل حراماً[6].

---

(١) تفسير القرطبي ٣/٩٣ ـ ٩٥.

(٢) الموطأ ٢/٥٢٣.

(٣) صحيح البخاري ٥/١٩٧٥.

(٤) الموطأ ٢/٥٢٣.

(٥) الشرح الصغير: ٢/٣٤٣.

(٦) أوجز المسالك ٩/٢٦٩ والمغني ٦/٦٠٧ وصحيح مسلم بشرح النووي: ٩/١٩٧.

وقوله: «والتصريح بالخطبة للمعتدة..» إلخ يعني أن المعتدة من طلاق أو وفاة يحرم صريح خطبتها من غير المطلِّق، أما مطلقها فيجوز له ذلك إذا لم تكن مبتوتة، وإذا كانت مجبرة تحرم خطبتها من وليها، ومواعدتها بأن يعدها وتعده، أما عدة أحدهما دون الآخر فتكره فقط.

ومثل المعتدة المستبرأة من وطء مالكها أو من زنى ولو منه، لأن ماء الزاني فاسد[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرّاً إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلاً مَّعْرُوفاً ﴾[2].

قال القرطبي: «أي لا يقل الرجل للمعتدةِ تزوجيني، بل يُعرِّض إن أراد، ولا يأخذ ميثاقها وعهدها أن لا تنكح غيره في استسرار وخفية»[3] اهـ. وحكى ابن عطية الإجماع على منع التصريح بالخطبة في العدة»[4].

أما التعريض للمعتدة المطلقة طلاقاً بائناً أو المتوفى عنها زوجها، فيجوز، كأن يقول: «إنك عليّ لكريمة وإني فيك لراغب، وإن الله لسائق إليك خيراً ورزقاً»[5] لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم ﴾[6] ولقوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلاً مَّعْرُوفاً ﴾.

وكما أنه يجوز التعريض للمعتدة غير الرجعية فإنه يجوز الإهداء لها، فإن أهدى لها ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء، وغير المعتدة مثلها، وقيل إن عدم الرجوع عليها محله إذا كان الإعراض منه، أما إذا كان منها فإنه يرجع عليها، لأن الذي أعطى لأجله لم يتم له، واختاره اللقاني وبه أجاب صاحب المعيار[7]. ومحل الخلاف إذا لم يكن عرف أو شرط بالرجوع أو

---

(1) الشرح الصغير ٢/٣٤٣ - ٣٤٤.
(2) البقرة: ٢٣٥.
(3) تفسير القرطبي ٣/١٩٠.
(4) المحرر الوجيز ٢/٢١٨.
(5) الموطأ ٢/٥٢٤.
(6) البقرة: ٢٣٥.
(7) شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه ٣/١٦٧.

عدمه وإلا عمل به اتفاقاً[١].

وقوله: «فإن عقد فيها ووطىء..» الخ يعني أن من تزوج امرأة في عدتها أو استبرائها ووطئها قبل انقضائهما، تأبد تحريمها عليه اتفاقاً عندنا، وكذلك إذا تزوجها في العدة أو الاستبراء ووطئها بعد انقضائهما فيتـأبد تحريمها على المشهور[٢].

والأصل في ذلك ما في الموطإ أن عمر بن الخطاب قال: «أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً» اهـ[٣]. قال ابن العربي: «لأنه استحل ما لا يحل له فحُرِمَه كالقاتل في حرمان الميراث»[٤].

وبه قال الشافعي وأحمد في إحدى روايتيهما، والرواية الأخرى وهي الأصح عنهما أنها لا يتأبد تحريمها، وبه قال أبو حنيفة،[٥] لقضاء علي رضي الله عنه، فقد روى أنه تعقب قضاء عمر وأن عمر رجع إليه، وقال: «يأيها الناس: ردوا الجهالات إلى السنة»[٦].

وقوله: «وندب خُطبة عند التماس النكاح..» يعني أنه تندب خُطبة (بضم الخاء) وهي كلام مسجع مبدوء بالحمد والشهادتين مشتمل على آية

---

(١) منح الجليل ٢/١٠.
(٢) الكافي ٢/٥٣١.
(٣) الموطأ ٢/٥٣٦.
(٤) أحكام القرآن ١/٢١٥.
(٥) المرجع السابق والمغني ٧/٤٨٢ وأحكام القرآن للجصاص ١٢٥/٤٢٥.
(٦) المرجع السابق.

فأكثر تحث على التقوى ـ هذه الخطبة تندب عند التماس النكاح، كما تندب أيضاً عند العقد.

والأصل في ذلك حديث ابن مسعود، وترجم له في منتقى الأخبار فقال: «باب استحباب الخطبة وما يدعى به للمتزوج».

عن ابن مسعود قال: «علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة.. وذكر تشهد الصلاة. قال والتشهد في الحاجة: إن الحمد للّه نستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، قال: ويقرأ ثلاث آيات: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الذِي تَسَّاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبا﴾ ﴿اتقوا اللَّهَ وقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً﴾ رواه الترمذي وصححه. وأخرجه أيضاً أبو داود والنسائي والبيهقي[1].

ويندب لولي المرأة أن يفوض عقد النكاح لرجل صالح أو شريف رجاء البركة، وكان ذلك يفعل في عهد السلف الصالح. قاله الحطاب[2].

وقوله: «وإعلان النكاح بكدف» يعني أن النكاح يندب إظهاره بين الناس تجنباً لتهمة الزنى. والأصل في ذلك ما أخرجه الترمذي عن محمد بن حاطب الجُمحي قال قال رسول الله ﷺ: «فصل ما بين الحرام والحلال الدف والصوت» وحديث عائشة مرفوعاً: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف» أخرجه الترمذي أيضاً، وحسنه. إلا أن ابن العربي ضعفه[3].

* * *

---

(١) نيل الأوطار ٦/٢٦٤ ـ ٢٦٥.

(٢) مواهب الجليل ٣/٤١٨.

(٣) عارضة الأحوذي ٤/٣٠٧ ـ ٣٠٨.

فصل في مراتب الأولياء



الوَليُّ مُجْبِرٌ وغيرُ مُجْبِرٍ فالمُجبر السيدُ في أمتِه إلا الْمدبَّرةَ والْمُعتَقَةَ لأجلٍ، كالعبدِ فيها إلَّا إذا مَرِضَ السيدُ أو قرُبَ الأجَلُ فإنه لا يُجْبر.

والثاني الأبُ في ابنته الصَّغيرة ولو تَثَيَّبَتْ بنكاحٍ وَالْمَجْنُونَة وَالكَبيرَة إلا إذا تَثَيَّبت بنكاح أو أقَامَتْ في بيتِ زَوْجِها سنةً أو رَشدَهَا أبُوها.

وَالثالثُ وَصِيُّ الأب إن عَيَّنَ له الزوجَ أو صَرَّحَ بما يقْتَضي الْجَبْرَ كَزَوِّجْها مِمَّن أَحْبَبْتَ، وَمَضَى إن قَالَ: «أنتَ وَصِيٌّ عَلَيْها».

* * *

تقدم أن الولي ركن من أركان النكاح، كما تقدم الدليل على ذلك، وهنا ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ مراتب الأولياء في النكاح، وأن منهم من له حق الجبر ومنهم من لا حق له فيه.

أما من له حق الجبر ـ وهو تزويج المُجْبَرة بغير رضاها ـ فهو السيد في

أمته وعبده بملك تام، لا مالك بعض فلا حق له في الجبر، كما لا حق للولي في جبر المكاتبة وأم الولد على المختار.

أما المدبَّرة والمعتقَة لأجل فله جبرهما ما لم يمرض السيد مرضاً مخوفاً فلا يُجبر المدَبَّرة، وما لم يقرُب الأجل في المعتقة إلى أجل فلا يجْبرهَا.

ويشترط في جبر المالك عدم إضراره بالمملوك، فلا يزوجه ممن لا خير فيه، أو من فيه عاهة، أو مرض كجذام وبرص.. قال خليل: «وجبر المالك أمةً وعبداً بلا إضرار لا عكسه»[1].

والأصل في جواز جبر العبد والأمة قوله تعالى: ﴿ وأنكِحُوا الأَيَامَى مِنكُم وَالصَّالِحينَ مِنْ عِبادِكُمْ وإمَائِكُمْ ﴾[2].

قال الباجي: «في هذه الآية دليلان أحدهما أنه أمرهم بذلك ولو لم يملكوا الإنكاح لما أمرهم به. والثاني أنه قرن ذكرهم بذكر الإماء، وقد أجمعنا على أن للسيد إجبار أمته على النكاح فيجب أن يكون العبد بمنزلتها»[3].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وقوله الآخر أنه ليس للسيد أن يُكره العبد على النكاح وإنما له إجبار أمته[4].

وقال أحمد: يجبر الأمة مطلقاً، ويجبر العبد إذا كان صغيراً[5].

أما اشتراط عدم الإضرار في الجبر فالأصل فيه حديث: «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه مالك عن يحيى المازني[6] ووصله ابن ماجه عن عبادة بن الصامت[7].

---

(١) مختصر خليل ص ١١٣.

(٢) النور: ٣٢.

(٣) المنتقى ٣/٣٣٨.

(٤) المرجع السابق وتفسير القرطبي ١٢/٢٤٠ - ٢٤١.

(٥) الروض المربع ٢/٢٧٠.

(٦) الموطأ ٢/٧٤٥.

(٧) سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤.

وقوله: «والثاني الأب» إلخ يعني أن الأب ـ وهو المُجبر الثاني ـ له جبر ابنته الصغيرة؛ بكراً كانت أو ثيباً، كما أن له جبر المجنونة، وجبر البنت البكر ولو عانساً، أي بلغت خمسين إلى ستين سنة، قال في التحفة:

«والسِّنُّ في التعْنيسِ من خَمسينَ فيما بِهِ الحُكْمُ إلى الستِّينَ»[1]

إلا إذا رشدها أبوها ورفع عنها الحجر، فلا يجبرها.

أما البنت الكبيرة الثيب بنكاح فلا يجبرها الأب، وكذلك البكر البالغ التي أقامت مع زوجها سنة فأكثر، فلا يجبرها.

والأصل في جواز جبر الأب ابنته الصغيرة ما أخرجه الشيخان عن عائشة قالت: «تزوجني رسول الله ﷺ لست سنين، وبنى بي وأنا بنت تسع سنين»[2]. ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها. قاله في المغني[3]. وحكى ابن المنذر الإجماع على جواز إجبار البكر الصغيرة إذا كان الزوج كفؤاً[4].

أما البكر الكبيرة فالأصل في جواز جبرها ما في الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن. قال مالك: وذلك الأمر عندنا في نكاح الأبكار»[5] وبه قال الشافعي في البكر[5]. واستدل بحديث: «الثيب أحق بنفسها والبكر يزوجها أبوها» رواه الدارقطني قاله في نهاية المحتاج[6].

غير أن هذا الحديث لم يروه الدارقطني بهذا اللفظ، وإنما رواه بلفظ يستأمرها بدل: «يزوجها». قاله في التلخيص، قال: «وحكى البيهقي عن الشافعي أن ابن عيينة زاد: «والبكر يزوجها أبوها»[7].

---

(١) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ٢٨١.

(٢) صحيح البخاري ٣/١٤١٤ و صحيح مسلم ٢/١٠٣٨.

(٣) المغني ٦/٤٨٧.

(٤) الإجماع لابن المنذر ص ٧٤.

(٥) الموطأ ٢/٥٢٥.

(٦) نهاية المحتاج ٦/٢٢٨.

(٧) تلخيص الحبير ٣/ ١٦٠.

أما الثيب الصغيرة فقال الشافعي: لا تزوج حتى تبلغ، لوجوب إذنها، وهو متعذر حتى تبلغ[1] ووافق أبو حنيفة مالكاً في جواز جبر الثيب الصغيرة، وخالفه في جبر البكر الكبيرة فقال لا تزوج إلا برضاها[2].

واحتج بحديث: «الأيِّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستَأذن في نفسها، وإذنها صُمَاتها» أخرجه مالك ومسلم عن ابن عباس مرفوعاً[3].

أما أحمد فعنده روايتان في جواز ومنع الجبر للثيب الصغيرة والبكر الكبيرة[4].

وحمل مالك ما جاء في الحديث: «والبكر تستأذن» على اليتيمة.. قاله الباجي وعياض[5].

وقوله: «والثالث: وصي الأب..» الخ، يعني أن الثالث من الذين لهم حق الجبر هو وصي الأب إن عين له زوج البنت بأن قال له: زوجها من فلان، أو صرح له بالجبر أو ما يقتضيه بأن قال: زوجها ممن أحببت أو ممن ترضى فله الجبر اتفاقاً.

وكذلك إذا ذكر في وصيته النكاح أو التزويج بأن قال له: أنت وصيي على نكاح بناتي أو تزويجهن. فله الجبر على الراجح، أما إذا قال أنت وصيي على ابنتي أو بناتي، فقيل له الجبر وقيل لا جبر له وهو الرّاجح. كذا عند عق، وتبعه الصاوي. وتعقبه البناني والرهوني فانظرهما فإنهما رجحا عدم الجبر في الجميع، أي في غير تعيين الزوج والتصريح بالجبر أو ما يقتضيه[6]. أما إذا قال: أنتَ وصيِّي فقط أو على مالي فلا جبر اتفاقا.

(١) نهاية المحتاج ٦/٢٢٩.
(٢) فتح القدير ٢/٣٩٥.
(٣) الموطأ ٢/٥٢٤ - ٥٢٥ وصحيح مسلم ٢/١٠٣٧.
(٤) المغني ٦/٤٨٧ - ٤٩٢.
(٥) المنتقى ٣/٢٦٦ وإكمال الإكمال ٤/٢٩.
(٦) شرح الزرقاني على خليل ٣/١٧٣ وحاشية الرهوني ٣/٣٠٠ - ٣٠٤.

نقله عق عن ابن عرفة وقال: «لكن لو زوج فالظاهر أنه يمضي»[1].

وقال أحمد في أصح روايتيه: لوصي الأب الجبر مطلقاً مَثَلُه في ذلك مثل الأب، لأنه تنزل منزلته.

وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس للوصي الحق في الجبر مطلقاً، لأنها ولاية تنتقل من الأب إلى غيره شرعاً فلم يجز أن يوصي بها. قاله في المغني[2]. ومنشأ الخلاف هل يتنزَّلُ الوصي منزلة الأب في الجبر أم لا؟.

تنبيه: إذا كان الوصي امرأة فإنها توكل على عقد النكاح رجلاً مستوفياً للشروط وإن كان أجنبياً. ومثلها مالكة الرقيقة ومعتقتها[3].

* * *

وَغَيْرُ المُجبِرِ حكمُه أَن لا يُزوِّجَ إلاّ بالغاً بِرِضَاها إلا يتيمةً خيفَ عَلَيْها الفَسادُ، أو الضَّيَاعُ وشُووِرَ القاضِي.

* * *

يعني أن غير المجبر من الأولياء لا يحق له أن يزوج امرأة إلا إذا كانت بالغاً وراضية بالزواج، بكراً كانت أو ثيباً، وسيأتي تبيين رضى البكر والثيب إن شاء الله. إلا صغيرة يتيمة فيزوجها بالشروط الآتية:

ـ أن يُخاف عليها الفساد في الدين، أو الضياع لفقر ونحوه ـ وأن تكون قد بلغت عشر سنين ـ وأن تُزوج من كفُوء في الدين والحال والحرية ـ وأن ترضى هي ـ ويرضى وليها ـ ويأذن القاضي ـ وتأذن هي نطقاً ـ وأن يكون قد ظهر منها ميل للرجال ـ وأن تُصْدَق بمهر مثلها ـ وأن تكون مطيقة للوطء[4].

(١) شرح الزرقاني على خليل ٣/١٧٣.
(٢) المغني ٦/٤٦٣ ـ ٤٦٤.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٣/٢٣٠.
(٤) منح الجليل ٢/١٧.

ونظم ذلك بعضهم فقال:

«بعشـرة تُـزوَّجُ اليتيمـهْ ... خـوفٌ لها مفسـدة عـظيمَـهْ
كفْءٌ لهـا ورضـي الـوَليُّ ... وشُـوورت وشُـوورَ القـاضِيُّ
وأذِنتْ نُـطقـاً وميلُهـا ظَهَـرْ ... ومهـرُ مثلها لهـا قَد اسْتقر
وبلغَتْ عَشْـراً منَ السـنينَ ... ومثلهـا يـوطـأ حينـاً حينـا»

ومذهب المدونة والرسالة أنها لا تزوَّجُ حتى تبلغ، لكن العمل على ما ذُكر آنفاً وهو أنها إن بلغت عشراً تُزَوَّجُ إذا خيف عليها الفساد مع الشروط الآنفة الذكر[1].

وقيل إن المدار على خيفة الفساد والضياع، مع الخلو من موانع النكاح وهو ما ارتضاه الصاوي[2] واقتصر عليه المصنف رحمه الله.

* * *

والولايةُ للعصبة الذكورِ بالنسب ثم الولاءِ، ويقدَّمُ الابنُ فالأبُ فالأخُ فَابْنُه فالجدُّ فالعم فابنُه، ويقدم الشقيقُ على غيره، فإن عُدِمَ عاصبُ النسبِ زوَّجها معتقُها فعَصَبتُه، ثم الكافلُ في الدنيئةِ إن كفلها مدةً تثبتُ بها الشفقةُ، والحاكِمُ في غيرِها مُقَدَّمٌ عليه، ثم عامة مسلمٍ، وصمتُ البكر رضىً.

والترتيبُ بين العصبةِ واجبٌ، وقيل مندوبٌ.

* * *

يعني أن ولاية النكاح لا تكون إلا لذكر عاصب بالنسب أو الولاء أو

(١) المرجع السابق.
(٢) الشرح الصغير ٢/٣٥٧ ـ ٣٥٨.

لوصي، وإذا تعدد أولياء المرأة يقدم الأقعد أي الأقرب حسب الترتيب الآتي:

- الإبن أي ابن المرأة الحرة يقدم على غيره فيزوجها برضاها، ثم ابنه ثم يأتي بعدهما أبوها، ثم أخوها الشقيق فالأخ لأب ثم ابن أخيها وإن سفل.

ثم بعد الأخ وابنه تأتي مرتبة الجد أي جد المرأة لأب على المشهور، ثم العم من جهة الأب فابنه، ثم جد الأب فعمه أي عم الأب. وقيل إن الجد وإن علا يقدم على الأخ وابنه[1].

والأولى تقديم الشقيق من كل صنف على الذي للأب وهو الصحيح عند ابن بشير، وهو المختار عند اللخمي وهو قول مالك وابن القاسم وسحنون، ومقابله ما رواه ابن زياد عن مالك أن الشقيق وغيره في مرتبة واحدة. وإن تساووا في الرتبة قُدِّم الأفضل بالعلم والورع، وإن تساووا في الرتبة والفضل نظر الحاكم إن كان موجوداً فقدم أحدهم، وإن لم يوجد أُقرِعَ بينهم[2].

ثم إن لم يكن للمرأة عاصب بالنسب زوجها مولاها الأعلى وهو مُعتِقها فعصبته ثم مولاه[2].

وقال أبو حنيفة: الولي في النكاح هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث فيقدم الابن ثم الأب. الخ[3].

وقال أحمد: يقدم الأب في النكاح فأبوه وإن علا ثم الابن فابنه وإن سفل ثم يأتي العصبة حسبما تقدم عن مالك[4].

وقال الشافعي: يقدم الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ لأبوين أو لأب ثم

---

(١) الشرح الصغير ٢/٣٥٩ - ٣٦٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) اللباب ٣/١٠.

(٤) المغني ٦/٤٥٦ - ٣٦٠.

ابنه فالعم ثم سائر العصبة، ولا ولاية عنده للابن بمجرد البنوة لأنه ينتسب إلى أبيه، وهي تنتسب إلى أبيها وليس لهما أب يجمعهما[1].

وحجة الجمهور في أن الابن يتولى نكاح أمه - ما أخرجه النسائي بسند صحيح من حديث أم سلمة، وفيه أنها أمرت ابنها أن يزوجها من رسول الله ﷺ فقالت له: «قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ فزوجه»[2].

وقوله: «ثم الكافل في الدنيئة» الخ، يعني أن الكافل غير العاصب يأتي بعد مرتبة مولى النعمة إذا كانت المكفولة دنيئة - وهي التي لا يرغب فيها لجمال ولا نسب ولا حسب ولا مال - إن كفلها مدة تحصل فيها الشفقة، وظهرت الشفقة منه عليها بالفعل، من غير تحديد زمن على المشهور[3]. وقيل يحد الزمن الذي كفلها فيه بأربعة أعوام أو عشرة. وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله: «وهل إن كفل عشراً أو أربعاً أو ما يشفق تردد»[4].

وقوله: «والحاكم في غيرها مقدم عليه» إلخ، يعني أن الحاكم وهو السلطان أو القاضي مقدم على الكافل في غير الدنيئة، لأن السلطان ولي من لا ولي له. والأصل في ذلك ما أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه من حديث عائشة مرفوعاً وفيه: «فالسلطان ولي من لا ولي له»[5].

وتقدم أثر عمر عند مالك: «لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان».

ثم إن لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين تولى عقد النكاح على

---

(١) مغني المحتاج ٣/١٥١.
(٢) الإصابة في تمييز الصحابة ٤/٤٥٩.
(٣) الشرح الصغير ٢/٣٦٠ - ٣٦١.
(٤) مختصر خليل ص ١١٣.
(٥) مختصر سنن أبي داود ٣/٢٦ - ٢٧.

المرأة رجل من عامة المسلمين، ويدخل في ذلك الأخ للأم والخال والجد لأم وغيرهم ممن لا ولاية له بنسب أو ولاء أو كفالة أو سلطان. وصح النكاح بولاية رجل من عامة المسلمين في إمرأة دنيئة مع وجود ولي خاص لم يجبر كابن وأب غير مجبر وغيرهما ممن لا جبر له[١].

وقوله: «وصمت البكر رضى» يعني أن البكر غير المجبرة عندما تستأذن ويقال لها هل ترضين بأن نزوجك من فلان على مهر قدره كذا، على أن يتولى العقد فلان؟ إذا قيل لها هذا وسكتت فإن سكوتها يعتبر رضىً منها بذلك[٢].

وندب إخبارها بأن سكوتها رضىً وإذن منها، يقال لها ذلك ثلاث مرات، ولا تكلف بالنطق مراعاة لتمام صونها واستبقاء لحيائها[٣].

أما الثيب فلا بد من رضاها أو امتناعها بالنطق ولا يكفي صمتها، ومثلها البكر التي رشدها أبوها أي أطلق الحجر عنها في التصرف المالي، وتقدم أنها كالثيب الكبيرة في عدم الجبر.

والأصل في ذلك حديث ابن عباس المتقدم عند مالك ومسلم: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها» وفي رواية لمسلم: «الثيب أحق بنفسها» بدل «الأيم»[٤].

وقوله: «والترتيب بين العصبة..» الخ، يعني أن ترتيب الأولياء غير المجبرين على النمط المتقدم واجب، وقيل إنه مندوب، فعلى وجوبه لم يجز أن يتولى الأبعد التزويج مع وجود ولي أقرب منه، وعلى أنه مندوب يكون ذلك مكروهاً أو خلاف الأولى.

---

(١) الشرح الصغير ٢/٣٦١.
(٢) المرجع السابق.
(٣) إكمال الإكمال ٤/٢٩.
(٤) صحيح مسلم ٢/١٠٣٧.

فالقول الأول اقتصر عليه خليل فقال: «وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر ولم يجز»[١] والقول الآخر ذكر الدردير أنه رُجّح بالبناء للمجهول.

وعلى كلا القولين فالنكاح صحيح حيث كان الأقرب غير مجبر[٢].

تنبيه: يجب على ولي المرأة غير المجبرة الإجابة لكفء رضيت به، وإلا كان عاضلاً لها بمجرد الامتناع. وحينئذ يأمره الحاكم - إن رُفع إليه الأمر - أن يزوجها بالكفء، فإن أبى زوَّجها الحاكم ولا ينتقل الحق بعد العاضل لمن يليه من الأولياء.

أما المجْبرة فإن ردَّ الأب أو الوصي لخاطبها إذا تكرر لا يعتبر عضلاً، لأن كلاً منهما أدرى بمُجبَرته - فلا بد من تحقق العضل منهما، فإن تحقق - يأمر الحاكم العاضل بتزويج المجبرَة، فإن لم يفعل زوجها الحاكم من الكفء[٣].

والكفاءة: الدين والحال[٤] أي المماثلة والمقارنة في التديُّن، والسلامة من العيوب، بحيث يكون الزوج غير فاسق ويكون سليماً من العيوب التي توجب الخيار للزوجة. قاله عق[٥].

والأصل في ذلك حديث: «إذا أتاكم من ترضون خُلُقه ودينه فزوِّجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض» أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة مرفوعاً، وأخرجه الترمذي عنه ورجح إرساله، ثم أخرجه من حديث أبي حاتم المزني مرفوعاً. وقال: إنه حسن[٦].

---

(١) مختصر خليل ص ١١٣.
(٢) الشرح الصغير ٢/٣٦٤.
(٣) الشرح الصغير ٢/٣٧٥ - ٣٧٦.
(٤) شرح الزرقاني على خليل ٣/٢٠٢.
(٥) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٣/٢٠٢.
(٦) سنن ابن ماجه ١/٦٣٢ وسنن الترمذي ٢/٢٧٤.

وذكر البناني أن الكفاءة لا تقتصر على الدين والسلامة من العيوب، بل يعتبر فيها مع ذلك النسب والحرية والصنعة فقال: «الأوصاف التي ذكروا في الكفاءة ستة، نظمها الشيخ القصار فقال:

شرط الكفاءة ستة قد حُرِّرت ينبيك عَنهَا بَيتُ شعرٍ مُفْرَدُ
نسبٌ ودينٌ صَنعةٌ حُرِّيَّة فقدُ العيوب وفي اليسارِ تردُّدُ

ابن الحاجب: وقد اختلف في الجميع إلا الإسلام» اهـ[1].

* * *

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٣/٢٠٢.



فَصْلٌ في مُوجَبات الفسْخ



يُفْسَخُ النكاحُ إذا اختَلَّ رُكنٌ أو شرطٌ مما سبق، كَأن يَتولَّى العقدَ عبدٌ أو مُحرِمٌ، أو يقعَ بدونِ إيجابٍ أو قبولٍ.

والمَرَضُ من أحدِهما مانعٌ، فإن صَحَّ المريضُ قبلَ الفَسْخِ ثَبَتَ.

* * *

تقدم أن للنكاح أركاناً وشروطاً لا يصح إلا بها، منها ما يتعلق بالزوجين أو أحدهما، ومنها ما يتعلق بالولي، ومنها ما يتعلق بصيغة النكاح.

فإذا اختل ركن أو شرط من تلك الأركان والشروط فسخ النكاح قبل الدخُول وبعده، ومثل المصنف لذلك بتولي العبد أو المحرم عقد النكاح، أو وقوع النكاح دون قبول من الزوج أو إيجاب من الولي. وسبق شرح ذلك والدليل عليه. فقد تقدم حديث: «لا نكاح إلا بِولي» وحديث «أيما عبد تَزوَّج بغيرِ إذن مواليه فهو عاهر». وفي رواية: «فنكاحه باطل». وحديث: «لا يَنكِح المحرِم ولا يُنكِح». إلى غير ذلك.

وهنا ذكر المصنف تلك المسائل في معرض موجبات فسخ النكاح، مؤكداً أن كل نكاح وقع فساده من جِهة العقد فإنه يفسخ مطلقاً، قبل الدخول وبعده.

ومن ذلك مرض أحد الزوجين فإنه مانع من العقد فيفسخ قبل البناء

وبعده، إلا إذا صح المريض منهما قبل الفسخ. وقد تقدم الكلام على ذلك مستوفى لله الحمد.

ومن الأنكحة الفاسدة نكاح المتعة وهو النكاح لأجل قريب أو بعيد ويفسخ قبل الدخول وبعده.

والأصل في ذلك ما رواه مالك والشيخان عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر»[1].

وأخرج مسلم: «عن الربيع بن سبرة عن أبيه أن النبي ﷺ نهى عن المتعة وقال: «ألا إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة، ومن كان أعطىٰ شيئاً فلا يأخذه»[2].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد وغيرهم[3].

ومن الأنكحة الفاسدة أيضاً نكاح المحلل، ونكاح الشغار.

فنكاح المحلل أن يتزوج رجل مبتوتة ليحلها لمن بتها، هذا إذا نوى مفارقتها بعد الوطء أو لم ينو شيئاً، بل وإن كان نيته مع ذلك أن يمسكها إن أعجبته، فهذا النكاح فاسد ولا يُحل المبتوتة قال في الرسالة: «ولا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة ليحلها لمن طلقها ثلاثاً، ولا يُحِلُّها ذلك»[4].

ويفسخ هذا النكاح أبداً قبل الدّخول وبعده بغير طلاق إن شرط في العقد أو لم يشترط لكن أقر المحلل به قبل العقد، أما إن أقر به بعد العقد فيفسخ بطلاق ولها المسمى بالبناء على الأصح وقيل لها مهر المثل. ومحل

---

(١) الموطأ ٥٤٢/٢ وصحيح البخاري ١٩٦٦/٥ وصحيح مسلم ١٠٢٧/٢.

(٢) المرجع السابق: صحيح مسلم ١٢٧/٢.

(٣) الهداية ١٩٥/١ والمهذب للشيرازي ٤٦/٢ والمبدع شرح المقنع ٨٧/٧ والمحلى ٥١٩/٩ ـ ٥٢٠.

(٤) الرسالة الفقهية ص ٢٠١

الخلاف إذا تزوجها بشرط أن يحلها أما إن نوى ذلك من غير شرط فلها المسمى قولاً واحداً(١).

ويعاقب المحلِّل ومن علم ذلك من الزوجة والشهود، قاله المتيطي(٢).

والمعتبر في هذا النكاح: نية المحلِّل وحده. أما المطلِّق والزوجة فنيتهما لغو. قال خليل: «كمحلِّل وإن مع نية إمساكها مع الإعجاب، ونية المطلق ونيتها لغو»(٣).

وبه قال أحمد، أي أنَّ نكاح المحلل مفسوخ ولا تحل به المبتوتة، سواء شرط ذلك في العقد أو نواه المحلل من غيرْ شرط على الصحيح. قاله في الإنصاف(٤).

وقال الشافعي: إذا كان ذلك عن شرط بينهما فالنكاح فاسد، لأنه عقد تناهى إلى مدة كنكاح المتعة، وإذا لم يكن ذلك شرطاً، وكان نية وعقيدة فهو مكروه، فإن أصابها الزوج ثم طلقها وانقضت العدة فقد حلت للزوج الأول. قاله الخطابي(٥).

وقال أبو حنيفة: إذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح صحيح ولكنه مكروه كراهة تحريم، فإن وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح، ولو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً لقصد الإصلاح» قاله ابن الهمام(٦).

والأصل في منع نكاح المحلل وفسخه حديث: «لعن الله المحلِّل

---

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٣/٢١٥.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٣/٢١٥.

(٣) مختصر خليل ص ١١٨.

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٨/١٦١ - ١٦٢.

(٥) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٣/٢١.

(٦) اللباب ٣/٥٨ وفتح القدير ٣/١٧٧.

والمحلَّل له» أخرجه أبو داود عن علي رضي الله عنه وسكت عنه[1].

وأخرجه أحمد والترمذي ـ وأعله ـ بلفظ: «أن رسول الله ﷺ لعن المحلل والمحلل له»[2].

وأخرجا أيضاً عن ابن مسعود قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلِّلَ والمحَلَّلَ له» وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح[3].

وأخرج ابن ماجه عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: «هو المحلل، لعن الله المحلِّلَ والمحلَّلَ له»[4].

وأخرج الطبراني في الأوسط: «عن نافع مولى ابن عمر أن رجلاً سأل ابن عمر فقال: إن خالي فارق امرأته فدخله من ذلك هم وأمر وشق عليه، فأردت أن أتزوجها ولم يأمرني بذلك ولم يعلم به. فقال ابن عمر: لا إلا نكاح غبطة إن وافقتك أمسكت وإن كرهت فارقت، وإلا فإنا نعد هذا في زمان رسول الله ﷺ سفاحاً» قاله في مجمع الزوائد. قال: ورجاله رجال الصحيح[5].

وأما نكاح الشغار فالأصل في فساده ما أخرجه مالك والشيخان واللفظ لمالك: «عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار.

والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق»[6]. وفي رواية لمسلم من حديث أبي هريرة: «والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك

---

(١) مختصر سنن أبي داود ٣/٢١.

(٢) الفتح الرباني ١٦/١٩٤ وسنن الترمذي ٢/٢٩٤.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) سنن ابن ماجه ١/٦٢٣.

(٥) مجمع الزوائد ٤/٢٦٧.

(٦) الموطأ ٢/٥٣٥ وصحيح البخاري ٥/١٩٦٦. وصحيح مسلم ٢/١٠٣٤.

أختي»[١] وهذا هو صريح الشغار عندنا ويفسخ قبل الدخول وبعده[٢].

وبه قال الشافعي وأحمد، أي أن نكاح الشغار فاسد ومفسوخ، وقال أبو حنيفة: إنه صحيح ولكل واحدة منهما مهر مثلها. قال الخطابي: «وممن أبطل هذا النكاح مالك والشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وأبو عبيد، وقال أصحاب الرأي وسفيان الثوري: النكاح جائز، ولكل واحدة منهما مهر مثلها، ومعنى النهي في هذا عندهم أن يستحل الفرج بغير مهر»[٣]اهـ.

أما وجه الشغار فهو أن يقول الرجل لغيره زوجني ابنتك أو أختك بمائة أو بألف على أن أزوجك ابنتي أو أختي بمائة أو ألف بحيث تتوقف إحداهما على الأخرى ويتساوى المهران ـ فهذا النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل[٤].

* * *

ويُفسخُ قبلَ الدُّخولِ ويثبُتُ بعدَهُ ـ ولها بالدُّخولِ صداقُ المثلِ ـ في كل نكاحٍ حَصَل في صداقِه خَللٌ، كجهلِ نوعِه، أو قدرِه أو أجلِه، أو شرْطِ أن لاَ يَقْسِمَ لهَا أو لاَ يُنفِقَ عليْها وما أشبهَ ذلك مما في المُطولاتِ.

ولاَ يَضرُّ هنا يَسيرُ الغررِ، كأن يَصْدُقَها عَبْداً أو جملاً بدونِ وصْفٍ، وَلها الوَسَطُ مِن ذلك.

* * *

(١) صحيح مسلم ٢/١٠٣٥.

(٢) الشرح الصغير ٢/٤٤٦.

(٣) معالم السنن مع مختصر أبي داود ٣/٢٠ وأوجز المسالك ٩/٣٤٨ ـ ٣٤٩ والإنصاف ٨/١٥٩.

(٤) الشرح الصغير ٢/٤٤٦.

يعني أن النكاح يفسخ قبل البناء فقط ويثبت بعده بصداق المثل ـ في كل نكاح فسد بسبب خلل في صداقه كأن يكون الصداق مجهول القدر أو النوع أو الأجل، أو لكونه لا يُملَك شرعاً كخمر وخنزير، أو غير مقدور على تسليمه كآبق وشارد ونحو ذلك مما لا يصح أن يكون ثمناً.

قال في الكافي: «وفساد الصداق يفسد النكاح قبل الدخول، ويصح بعد الدخول مع مهر المثل»[1].

ومما يفسخ فيه النكاح قبل الدخول ويثبت بعده أن يقع على شرط يناقض المقصود كأن لا يقسم للزوجة، أو على أن لا نفقة لها أو لا ميراث أو أن الطلاق بيدها أو ما أشبه ذلك، وفي حال ثبوته بعد البناء يلغى الشرط.

قال خليل: «أو على شرط يناقض كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها وأُلغي»[2]. أي أُلغي الشرط المناقض، فلا يعمل بمقتضاه[3].

والأصل في ذلك ما في صحيح البخاري من حديث عائشة مرفوعاً: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق»[4].

قال المناوي: «أي «ليس» في حكمه أو ليس فيه جوازه أو وجوبه بواسطته كالنص القرآني، وقال القرطبي: قوله: «في كتاب الله» أي ليس مشروعاً فيه تأصيلاً ولا تفصيلاً»[5].

وقوله: «ولا يضر هنا يسير الغرر. . الخ» يعني أن الصداق ـ الذي هو

---

(١) الكافي ٥٥٣/٢.

(٢) مختصر خليل ص ١١٥.

(٣) مواهب الجليل ٤٤٦/٣.

(٤) صحيح البخاري ٧٥٧/٢.

(٥) فيض القدير ٢٢/٥.

كالثمن في أغلب الأحيان ـ يغتفر فيه من يسير الغرر أكثر مما يغتفر في الثمن لبنائه على المكارمة.

مثال ذلك ما ذكر المصنف أن يصدقها عبداً أو عبيداً أو جملاً فأكثر دون أن يصف شيئاً من ذلك.

وإذا وقع العقد بما ذُكر فللزوجة الوسط مما وقع عليه العقد حالاً.

قال ابن يونس: «إن نكحها على مائة بقرة أو شاة ولم يصف ذلك جاز النكاح وعليه وسط من الأسنان، وكذلك على عبد بغير عينه ولم يؤجله وهو جائز، ولها عبد وسط حال» اهـ نقله المواق[1].

تنبيه: إذا وهبت زوجة رشيدة صداقها لزوجها أو أعطته ما يصدقها به قبل العقد أو بعده وقبل البناء جُبِر على دفع أقل المهر الذي تقدم ذكره، أما إذا وهبت له الصداق بعد البناء فلا يُجبر على دفع شيء لها لأن الصداق تقرر لها وملكته بعد البناء فإذا طابت به نفسها فلا يكلف بشيء، لقوله تعالى: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً ﴾[2].

وفيما إذا وهبت جميع صداقها للزوج بعد البناء أو ما عدا أقله قبل البناء، أو أعطته مالاً لاستمرار بقائه معها، أو لحسن عشرته معها ـ وفسخ النكاح أو طلقت بقرب ـ فإن لها الرجوع بما أعطت من الصداق وبما أعطت من مالها، لعدم تمام غرضها. والقرب المذكور هو أن يقع الفراق قبل سنتين، وأما إذا وقع بعدهما فلا رجوع. قاله الصاوي[3].

ويتولى قبضَ المهر مُجبِر الزوجة، أباً كان أو سيداً أو وصياً، كما يتولاه ولي سفيهة، ويصدقان بيمين في دعوى ضياعه بلا تفريط.

---

(١) التاج والإكليل ٣/٥٠٠.

(٢) النساء: ٤.

(٣) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٢/٤٦٢.

وإنما يبرئهما من الصداق شراء جهاز تشهد بينة بدفعه للزوجة، أو تشهد بإحضاره بيت بناء الزوج بها، أما الزوجة الرشيدة فتتولى قبض صداقها بنفسها أو توكل من يقبضه لها، فإن ادعت ضياعه بلا تفريط صدقت بيمين ولا جهاز عليها. فإن قبضه غير الرّشيدة أو وكيلها أو غير المجبر وولي السفيهة ـ فإن الزوجة تتبعه به أو تتبع الزوج لتعديه بدفعه لغير من له قبضه(1).

وجاز للمجبر دون غيره من الأولياء أن يعفو عن نصف صداق مجبرته بعد طلاقها قبل البناء، لا قبل الطلاق فلا يجوز له العفو إلا لمصلحة تقتضي ذلك(2) والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَو يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾(3)

* * *

ويُفسَخُ قبل الدخولِ ويثبتُ بعدَه بالطُّولِ في ثلاثِ مسائلَ: يتيمةٍ زوِّجت بلا خوفٍ عليها، وغيرِ دنيئةٍ زُوِّجت بوَلَايةٍ عَامَّةٍ ولها خاص لم يُجبر. وفي نكاحِ السِّرِّ وهو الذي أوصى الزَّوجُ الشهودَ بكتمه، والطُّولُ في هذهِ بحُصول الاشتهار والفشوّ، وفي اللتين قبلها بمضي ثلاث سنين أو الولادة مرّتينِ.

* * *

يعني أن النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده إذا حصل طول، وذلك في المسائل الثلاث الآتية:

---

(1) المرجع السابق ٢/٤٦٣ ـ ٤٦٥.
(2) الشرح الصغير ٢/٤٦٥ ـ ٤٦٦.
(3) البقرة: ٢٣٧.

١ ـ يتيمة زُوِّجت بلا خوف فساد وضياع عليها، حسبما تقدم في الشروط التي تُزوج بها.

٢ ـ شريفة زُوجت بولاية عامة مسلم مع وجود ولي خاص لها غير مجبر كأخ وعم.

والطول في هاتين المسألتين يعتبر بمضي ما تلد فيه المرأة ولدين غير توأمين، وذلك ثلاث سنوات على المشهور فإن لم يحصل الطول المذكور فلأقرب الأولياء فسخ النكاح أو إمضاؤه إن استوت المصلحة، وإلا تعين ما فيه المصلحة. ويقوم الحاكم مقامه إن غاب ثلاثة أيام فأكثر. قال خليل: «وإن قرب فللأقرب أو الحاكم إن غاب الرد»[1].

والأصل في ذلك عموم الحديث المتقدم: «لا نكاح إلا بولي..».

٣ ـ نكاح السر، وهو النكاح الذي أوصى الزوج الشهود عند العقد بكتمه، ولو لمدة محدودة، أو عن امرأة بعينها أو كتمه عن أهل منزل دون غيرهم. ويعاقب الزوج، وكذلك الزوجة إن تواطأت معه على الكتم كما يعاقب الشهود. والطول في هذه المسألة يعتبر بالعرف بأن يشيع النكاح وينتشر بين الناس أو تمضي عليه مدة يحصل بها ذلك عادة[2].

هذا هو مشهور المذهب. وقيل: إنه لا يكون نكاح سرٍّ إذا شهد عليه شاهدان قاله ابن رشد[3].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد.

وأشار إلى ذلك ناظم النوازل فقال:

«موصىً بكَتْمه على المرجَّحِ   هو نكاح السِّرِّ عند الأصْبَحي
ولو به شهـد مِلْءُ المسجـدِ   وفي المقدِّمات ما لم يُشهد

(١) مختصر خليل ص ١١٣.

(٢) منح الجليل ٣/٣٠١ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤.

(٣) مواهب الجليل ٣/٤٤٤ ومقدمات ابن رشد مع المدونة ٢/٥٦ ـ ٥٧.

والشـــافعـيُّ وأبــو حَنِيفــهْ   يؤيِّـدان القـولــة الضعيفـهْ»

وقد ذكرنا أن أحمد مع الشافعي وأبي حنيفة في أن الإشهاد إذا وقع فالنكاح صحيح، قال في المغني: «فإن عقده بولي وشاهدين فأسرُّوه، أو تواصوا بكتمانه كُره ذلك وصح النكاح، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر»[1]اهـ.

واستدل إمامنا مالك، بحديث عائشة المتقدم: «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف». وحديث: «فصل ما بين الحرام والحلال الدف والصوت». وتقدم تخريجهما والإحالة إلى مرجعهما.

قال ابن العربي: «النكاح عقد يفتقر إلى إعلان لا خلاف فيه، ونكاح السر ممنوع لا خلاف فيه واختلف في كيفيته، فقال الشافعي: كل نكاح حضره رجلان عدلان خرج عن حد السر، وإن تواصوا بكتمانه، وقال أبو حنيفة: إذا حضره رجلان كانا عدلين أو محدودين أو رجل وامرأتان فقد خرج عن حد السرِّ ولو تواصوا بكتمانه، وذهبوا إلى أن الإعلان المأمور به هو الإشهاد. وقال أصحابنا: إن نكاح السر أن يتواصوا مع الشهود العدول على الكتمان ولا يجوز ذلك»[2].

* * *

والْفَسخُ طلاقٌ إن لم يُجمَع على فسادِه، وعقدُه ينشُرُ الحُرمَةَ، والمَوتُ فيهِ قبـل الفسخِ يُـوجِبُ الإرثَ، بخلافِ المُجمَع على فسادِه فإنه يَنشرُ الحرمَة فقط بالدخول.

* * *

يعني أن النكاح المختلف في فساده ـ ولو خارج المذهب ـ يكون

(١) المغني مع الشرح الكبير ٧/٤٣٤ ـ ٤٣٥.
(٢) عارضة الأحوذي ٤/٣٠٨.

الفسخ فيه بطلاق، وينشر الحرمة عقده ويوجب التوارث إن مات أحد الزوجين قبل الفسخ، إلا نكاح المريض فلا إرث فيه بموت أحد الزوجين مع أنه مختلف فيه.

بخلاف المتفق على فساده فإنه يفسخ بغير طلاق ولا إرث فيه وإنَّما ينشر الحرمة فيه الوطء أو مقدماته لا مجرد العقد، لأنه كالعدم.

مثال المختلف في فساده: نكاح المُحرم، ونكاح المرأة بغير ولي، ونكاح الشغار. ومثال المجمع على فساده نكاح الخامسة والأخت من الرضاع والجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها.

وقد تقدم الدليل على فساد هذه الأنكحة من الكتاب والسنة. كما تقدم الكلام على مذاهب الأئمة فيها.

تنبيه: إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين فسخ النكاح بغير طلاق، إلا إذا أسلم هو وكانت زوجته كتابية فإنهما يثبتان على نكاحهما. وكذلك إذا كانت الزوجة غير كتابية. وبادرت بالإسلام بعد إسلامه، كأن يُعرَض عليها الإسلام فور إسلام زوجها فتُسلِم، وأحرى إذا أسلما معاً في آن واحد. فإنهما يبقيان على نكاحهما بإجماع[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ولاَ تُمْسِكُوا بعِصَمِ الْكَوافِرِ﴾[2] وقوله عز وجل: ﴿والمُحصنَاتُ منَ الذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبلِكُمْ﴾[3]. وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن رجلاً جاء مسلماً على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال: يا رسول الله: إنها قد كانت أسلمت معي، فردها عليه». أخرجه أبو داود والترمذي وصححه[4].

أما إن كان الإسلام من الزوجة فإن النكاح يفسخ مطلقاً سواء أكان

---

(١) شرح زروق على الرسالة ٢/٤٧ ومغني المحتاج ٣/١٩١.

(٢) الممتحنة: ١٠.

(٣) المائدة: ٥.

(٤) مختصر سنن أبي داود ٣/١٤٩ وسنن الترمذي ٢/٣٠٥.

الزوج كتابياً أو غير كتابي. إلا أنه إذا أسلم قبل انقضاء عدتها كان أحق بها، فله مراجعتها»[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ فإنْ عَلِمتُمُوهُنَّ مُؤْمِناتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إلى الكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُم وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لهن ﴾[2]. وعن عكرمة: «عن ابن عباس في اليهودية والنصرانية تكون تحت النصراني أو اليهودي فتسلم هي، قال: يفرق بينهما، الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه». أخرجه الطحاوي[3].

أما كونه إذا أسلم قبل انقضاء العدة يكون أحق بها فالأصل فيه عمل أهل المدينة: قال مالك: «الأمر عندنا أن المرأة إذا أسلمت وزوجها كافر ثم أسلم فهو أحق بها ما دامت في عدتها»[4].

وإذا ارتد أحد الزوجين فرق بينهما بطلقة بائنة على المشهور، وقيل يفسخ النكاح بغير طلاق[5]. وبه قال أبو جنيفة[6]. والأصل في ذلك الآيتان السابقتان: ﴿ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ﴾ وقوله: ﴿فإنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فلا ترجِعُوهُنَّ إلَى الكُفَّارِ﴾.

وقال الشافعي: إن وقعت الردة قبل الدخول فرق بينهما على الفور، وإن وقعت بعد الدخول وُقفت فإن جمع الإسلام بينهما في العدة دام النكاح وإلا فالفرقة من حين الردة[7].

وهو قول أحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى توافق أبا حنيفة[8].

* * *

(١) شرح زروق على الرسالة ٢/٤٦ ـ ٤٧.

(٢) الممتحنة: ١٠.

(٣) شرح معاني الآثار ٣/٢٥٧.

(٤) الموطأ ٢/٥٨٣.

(٥) شرح زروق على الرسالة ٢/٤٦.

(٦) اللباب ٣/٢٨.

(٧) مغني المحتاج ٣/١٩٠.

(٨) المغني ٦/٦٣٩.

فَصْلٌ فِيمَنْ يَحْرُمُ مِنَ النِّسَاءِ بِنَسَبٍ أَوْ صِهْرٍ أَوْ رَضَاعٍ



يَحْرُم بِالنَّسبِ الأصولُ والفُصولُ والإِخوةُ وأولادُهم وأوَّلُ فصلٍ من كلِّ أصْلٍ، وأصُولُ أَحَدِ الزَّوْجَين وفروعُه وزوجٌ وفصولُه وأصوله، والرضاعُ مثلُ ذلك، فتحرُمُ زوجةُ ابنِه وأبيه من الرَّضَاعِ فأوْلى أخته أو عَمَّته.

* * *

يعني أن الرجل يحرم عليه إجماعاً نكاح أصله وفصله؛ فتحرم عليه أمه وإن علت وبنته وإن سفلت، كما يحرم على المرأة أبوها وإن علا وابنها وإن سفل.

ويحرم عليهما إخوتهما وأخواتهما وأولادهم وإن سفلوا. كما يحرم نكاح العم والعمة والخال والخالة فقط دون أولادهم. وهو معنى قول المصنف: «وأول فصل من كل أصل»، فالعم والعمة هما أول فصل من جهة أصل الأب، والخال والخالة أوَّلُ فصل من جهةِ أصلِ الأم.

فيحرم على ابن الأخ تزوج عمته ولا يحرم عليه تزوج ابنتِها، وكذلك الشأن بالنسبة للخالة.. ويحرم تزوج الخال ابنة الأخت، ولا يحرُم تزوج ابنِ الخال ابنة العمة، وكذلك الشأن بالنسبة للعم..

وقوله: «وأصول أحد الزوجين وفروعه..» يعني أنه يحرم على الرجل - بمجرد العقد على المرأة - أمها وإن علت، وتحرم عليه ابنتها وإن سفلت إذا تلذذ بها، قال في نظم الرسالة:

«العَقْدُ وحْدَه على البنات مُحرِّمٌ لكلِّ الامهات
وإنما يُحرِّمُ الْبَنَاتِ تلَذُّذُ الزوج بالأمَّهَات» .

وقوله: «وزوج وفصوله وأصوله» لعل الواو زائدة ـ من قبل الناسخ ـ في قوله: «وفصوله» فيكون النص: «وزوج فصوله وأصوله» أي يحرم على الرجل زوجة أبيه وإن علا، وزوجة ابنه وإن سفل. كما يحرم على المرأة زوج أمها وإن علت، وزوج ابنتها وإن سفلت.

وقوله: «والرضاع مثل ذلك. .» يعني أنه يحرم بالرضاع ما يحرم من النسب والصهر فتحرم زوجة الأب والابن من الرضاع وأولى أمه وأخته وعمته وخالته. .

ويحرم جمع امرأتين في عصمة، لو قدرت إحداهما ذكراً حرم على الأخرى كالأختين، والعمة وبنت أخيها، والخالة وبنت أختها.

والأصل في ذلك كله قوله تعالى: ﴿حُرِّمت عَلَيكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وبَنَاتُكُمْ وأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخالاَتُكُمْ وَبَناتُ الأخِ وَبَنَاتُ الأخْتِ وأُمَّهَاتُكُم اللاَّتِي أرْضَعْنَكُمْ وأخواتكم مِن الرَّضاعةِ وأُمَّهَاتُ نِسائِكُمْ وَرَبائِبُكُم اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِن نِّسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فإنْ لم تَكُونوا دَخلتُم بِهِنَّ فلا جُناحَ عليكُمْ وحَلائِلُ أبنَائِكُمُ الذينَ مِنْ أصْلاَبِكُمْ وَأن تجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إلا ما قَدْ سَلف إن اللَّه كَان غَفُوراً رَحِيماً﴾[1].

وقال تعالى: ﴿ولا تنكِحُوا مَا نكح آباؤكُم مِنَ النِّساءِ إلاَّ مَا قد سَلَفَ إنه كانَ فاحشةً ومَقتاً وسَاءَ سَبِيلاً﴾[2].

وأخرج مالك والشيخان من حديث عائشة واللفظ لمالك ـ أن النبي ﷺ قال: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة»[3]. وأخرج الشيخان أيضاً نحوه من

(١) النساء: ٢٣.
(٢) النساء: ٢٢.
(٣) الموطأ ٢/٦٠١.

حديث ابن عباس مرفوعاً[1]. وستأتي مستثنيات قليلة في باب الرضاع إن شاء الله.

وأما الإجماع فقال ابن المنذر: «وأجمعوا على تحريم أن ينكح الرجل أمه».. قال: «وأجمعوا على أن الرجل إذا تزوج المرأة حرمت على أبيه وابنه، دخل بها أو لم يدخل بها، وعلى أجداده، وعلى ولده من الذكور والإناث أبداً ما تناسلوا، لا تحل لبني بنيه ولا لبني بناته». وقال: «وأجمعوا على أن عقد نكاح الأختين في عقد واحد لا يجوز». وأجمعوا على أن لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها؛ لا الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى». وأجمعوا على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[2].

وبه قال الثلاثة في الجميع إلا أن تحريم البنت المقيد في الآية بالدخول بأمها ـ قد اختلفوا في المراد منه.

فمالك ـ كما تقدم ـ قال: المراد به التلذذ ولو لم يقع وطء، وبه قال أبو حنيفة[3]. وقال الشافعي وأحمد: إن المراد بالدخول الوطء، فلا تحرم إلا به[4].

واتفق الأئمة الأربعة على أنها ـ أي الربيبة ـ تحرم على زوج أمها إذا دخل بالأم ـ حسب تفسيرهم للدخول ـ وإن لم تكن الربيبة في حجر المتزوج بأمها، وإضافة الربائب إلى الحجور كما في الآية إنما هو من قبيل الأغلب مما تكون عليه الربائب لا أنهن لا يحرمن إن لم يكنَّ كذلك، قاله الطحاوي وغيره[5]. وقد أجمع علماء الأمصار على ذلك، وشذ أهل الظاهر فأجازوا نكاح الربيبة التي في غير حجر زوج الأم[6].

وتقدم في شروط النكاح أن الزوجة يشترط فيها الخلو من زوج آخر، لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء﴾[7] وهن المتزوجات أي ذوات الأزواج.

---

(١) إحكام الأحكام ٤/ ٨٠. (٢) الإجماع لابن المنذر ص ٧٥ ـ ٧٧.

(٣) تفسير القرطبي ٥/١١٢ ـ ١١٣ ورحمة الأمة ص ٢٧٠ واللباب ٣/٤ ـ ٦

(٤) مغني المحتاج ٣/١٧٤ ـ ١٧٧ والروض المربع ٢/١٧٢ ـ ١٧٣.

(٥) المراجع السابقة. (٦) المغني ٦/٥٦٩. (٧) النساء ٢٤.

ومن لم يرد تحريمها فيما ذكر من الكتاب والسنة فإن نكاحها مباح لقوله تعالى: ﴿وأَحَلَّ لَكُم مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾[1].

قال القرطبي: «فكأنه قال: «أحللت ما وراء ما ذكرنا في الكتاب، وما وراء ما أكملت به البيان على لسان محمد عليه السلام»[2].

تنبيه: من زنى بامرأة جاز له أن يتزوج بأصولها وفصولها ما لم تكن فصولها من زناه، فإن كانت من زناه فلا تحل له ولا لأصوله وفصوله، فإن لم تكن من زناه جازت لأصوله وفروعه على الأرجح، قال مالك في الموطإ: «فأما الزنا فلا يُحرِّمُ شيئاً من ذلك، لأن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ فإنما حرم ما كان تزويجاً، ولم يذكر تحريم الزنا». ثم قال: «في الرجل يزني بالمرأة فيقام عليه الحد فيها أنه ينكح ابنتها وينكحها ابنه إن شاء، وذلك أنه أصابها حراماً، وإنما الذي حرم الله ما أُصيب بالحلال أو على وجه الشبهة بالنكاح». اهـ[3].

وقيل إن الزنا كالتزويج ينشر الحرمة لما في المدونة: «قلت أرأيت إن زنى بأم امرأته أو ابنتها أتحرم عليه امرأته في قول مالك؟ قال: قال لنا مالك: يفارقها ولا يقيم عليها. وهذا خلاف ما في موطئه، وأصحابهُ على ما في الموطإ، ليس بينهم فيه اختلاف، وهو الأمر عندهم». اهـ[4].

والمعتمد ما في الموطإ من أن الزنا لا يُحرم شيئاً قال خليل ممزوجاً بكلام الدردير: «وفي نشر حرمة الزنا خلاف، المعتمد منه عدم نشره الحرمة. . »[5].

وبالقول المعتمد عندنا قال الشافعي وأحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى وبها صدر في المغنى أن الزنا ينشر الحرمة، لا فرق بينه وبين النكاح، وهو المذهب عند أبي حنيفة[6].

---

(١) النساء: ٢٤.

(٢) تفسير القرطبي ٥/ ١٢٤.

(٣) الموطأ ٢/ ٥٣٣ ـ ٥٣٤.

(٤) المدونة الكبرى ٢/ ٢٠٢.

(٥) الشرح الكبير ٢/ ٢٥١.

(٦) مغني المحتاج ٣/ ١٧٥ والمغني ٦/ ٥٤٥ واللباب ٣/ ٦.

فَصْل في خيَار الزّوجَين



الخيارُ للزوجين ببرصٍ وجُذامٍ وجُنونٍ وعِذيطةٍ وللزوجةِ بخصائه وجبِّه وعنّتِه واعتراضِه. وللزوج بقَرَنها ورتَقِها وبَخِرَها وعَفَلِها وإفْضَائِها.

إذا كانَ العَيبُ قَبْلَ العَقْدِ ولم يَحصُل عِلمٌ به أو رِضىً.

* * *

يعني أن بعض العيوب يثبت به الخيار للزوجين معاً، وبعضها يثبت به الخيار للزوجة وحدها، وبعضها يثبت بـه للزوج وحده.

١ ـ فالعيوب التي يثبت بها الخيار للزوجين معاً أربعة وهي:

ـ برص أحدهما ـ أو جذامه ـ أو جنونه، وإن مرة في الشهر.
ـ أو عِذيطته، وهي خروج البول أو الغائط من أحدهما عند الجماع. فإن كان أحد الزوجين متلبساً بأحد هذه العيوب فللآخر الخيار.

٢ ـ أما العيوب التي يثبت بها الخيار للزوجة وحدها فأربعة أيضاً وهي:

ـ خصاء الزوج، أي قطع ذكره وكذلك قطع أنثييه إذا كان لا يُمني، أما إن كان يُمني فلا خيار لها.
ـ وجَبُّ الزوج أي قطع ذكره وأنثييه معاً، وفي هذه الحالة يسمى مجبوباً.

ـ وعنته أي صغر ذكره، بحيث لا يتأتى له الجماع، وعندئذ يُسمى عنيناً.
ـ واعتراضه وهو عدم انتشار ذكره عند الجماع.

٣ ـ وأما العيوب التي يثبت بها الخيار للزوج وحده فخمسة وهي:

ـ قَرَن الزوجة وهو بروز شيء في فرجها يشبه قرن الشاة، فإن كان لحماً أمكن علاجه وإن كان عظماً فلا.
ـ ورَتَقها وهو انسداد مسلك الذكر منها بحيث لا يمكن الجماع.
ـ وبَخَرُ فرجها أي نتنه، أما بخرَ الفم فلا خيار فيه.
ـ وعفلها (بفتح العين) أي بروز لحم في قبلها، لا يخلو من رشح غالباً، وقيل: إنه رغوة تحدث عند الجماع.
ـ وإفضاؤها، أي اختلاط مسلك الذكر والبول منها، فإذا وقع ذلك للمرأة كانت مِفضاة ويقال لها أيضاً شريم، ومنه قول الشاعر:

لعـل اللّه فضَّلَكُـم علينـا ... بشـيءٍ إنَّ أمـكُـمُ شـريـمُ

ومحل ثبوت الخيار فيما ذكر كله إذا لم يسبق علمٌ مَن له الخيار بالعيب قبل العقد، ولم يرض به بعد اطلاعه عليه بقول أو فعل كأن يتلذذ بعد العلم به[1].

وإذا ادُعِيَ على من له الخيار أنه علم بالعيب قبل العقد أو رضى به بعد الاطلاع عليه ـ حلف أنه لم يعلم ولم يرض فإن نكل فلا خيار له[2].

والأصل في خيار الزوجين بالعيب ما أخرجه الحاكم: «عن زيد بن كعب ابن‌عجرة عن أبيه قال: تزوج رسول الله ﷺ العالية من بني غفار فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى بكشحها بياضاً، فقال النبي ﷺ: «البسي ثيابك والحقي بأهلك» وأمر لها بالصداق». قال الحافظ: «وفي إسناده جميل بن زيد

(١) شرح الزرقاني على خليل ٣/٢٣٥ ـ ٢٣٨.
(٢) المرجع السابق.

وهو مجهول، واختلف عليه في شيخه اختلافاً كثيراً»[1].

وروى نحوه أحمد بالسند نفسه وزاد: «ولم يأخذ مما آتاها شيئاً» قاله في مجمع الزوائد، قال: وجميل ضعيف[2].

وروى الطبراني: «عن سهل بن سعد أن رسول الله ﷺ تزوج امرأةً من أهل البادية فوجد بها بياضاً ففارقها قبل أن يدخل بها». وفيه إسحاق بن إدريس الأسواري وهو كذاب قاله في مجمع الزوائد[3].

فهذه الأحاديث كلها ضعيفة ولكن يعضدها ما في الموطإ وغيره ففي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال: أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فإنها تخير، فإن شاءت قرت وإن شاءت فارقت»[4].

وفي بلوغ المرام: «عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: «أيما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونةً أو مجذومةً فلها الصداق. بمسيسه إياها، وهوله على من غره منها».

أخرجه سعيد بن منصور وابن أبي شيبة ومالك ورجاله ثقات. وروى سعيد أيضاً عن علي نحوه وزاد: «وبها قرن، فزوجها بالخيار، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها»[5].

وبه قال الشافعي وأحمد أي أن الخيار ثابت لأحد الزوجين أو هما معاً بالعيوب الآنفة الذكر بتفصيلها المذكور[6].

---

(١) بلوغ المرام ص ٢١١.
(٢) مجمع الزوائد ٤/٣٠٠.
(٣) المرجع السابق ٤/٣٠٠-٣٠١.
(٤) الموطأ ٢/٥٦٣.
(٥) بلوغ المرام ص ٢١١-٢١٢.
(٦) مغني المحتاج ٣/٢٠٢-٢٠٤ والمغني ٦/٦٥٠-٦٥٤.

تنبيه: العيوب المشتركة بين الزوجين كالجنون والجذام، والعيوب المختصة بالرجل كالعنة والاعتراض يُؤجل فيها الحر سنة والعبد نصفها للعلاج إن رجي برؤها، أما العيوب المختصة بالمرأة كالرتق والإفضاء فإنها إن رجى برؤُها تؤجل باجتهاد الحاكم[1].

والأصل في ذلك ما أخرجه سعيد بن منصور عن سعيد بن المسيب قال: «قضى عمر رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة». قال الحافظ: «ورجاله ثقات»[2].

* * *

وإذا رُدَّ بالعيب قبلَ البناءِ فلا صداقَ، وبعده لعيبه فلها المُسمَّى، وإن كان لعيبِها رجعَ على وليِّها، وعَليهِ أو عَلَيْهَا إن حضرتْ مجْلِسَ العقدِ، وعليها فقطْ في بعيدٍ، أو قريبٍ فيما لا يُعلم قبل البناءِ، وعلى غارٍّ أجنبيٍّ تَوَلَّى العقدَ ولم يَذكر أنه غيرُ وليٍّ.

* * *

يعني أن مَن له الخيار من الزوجين إذا رد النكاح قبل البناء فلا صداق على الزوج، لأن العيب إذا كان به فقد اختارت الزوجة فراقه قبل أن تُمس بضاعتها، وإن كان العيب بها فهي غارة مدلسة.

وإن كان الرد بعد البناء لعيب بالزوج فلها المسمى لأنه مدلس، وإن كان الرد لعيب بها ـ رجع الزوج على وليها الذي لم يَخْفَ عليه حالها كأبيها وأخيها إن غابت عن مجلس العقد ولا رجوع للولي أو الزوج عليها فيما أخذت من الصداق.

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/٤٧١.
(٢) بلوغ المرام ص ٢١٢.

أما إن حضرت مجلس العقد مع وليها فإن الزوج مخير في الرجوع على أيهما شاء لتدليسهما معاً بالكتمان. ثم يرجع الولي عليها إن اختار الزوج الأخذ منه.

ورجع الزوج عليها فقط إذا تولى عقدها ولي بعيد، من شأنه أن يخفى عليه حالها كابن عم وحاكم إلا ربع دينار ليلا يخلو البضع من مهر. فإن علم به وكتمه فكالقريب، كما يرجع الزوج على الزوجة إذا تولى النكاح قريب في عيب لا يُطّلع عليه قبل البناء كالبَخر والعفل والرتّق.

ورجع الزوج على أجنبيٍّ تولى العَقد وغر الزوج بأن المعقود عليها سليمة من العيوب، ولم يذكر أنه غير ولي حال العقد، ولم يعلم الزوج بذلك، فإن أخبره بأنه غير ولي أو علم الزوج بذلك لم يكن له عليه ولا على الزوجة رجوع[1].

وبه قال أحمد قال الخِرقي: «وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر، وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غـره»[2].

وقال الشافعي: لا صداق إذا وقع الفسْخ قبل الدخول. أما إذا وقع الفسخ بعد الدخول فالأصح عنده أنه لا يرجع بالمهر على من غره، وبه قال أبو حنيفة، قالا: لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره. كما لو كان معيباً فأكله. قاله في المغني[3].

ودليل مالك وأحمد في رجوع الزوج بالصداق على من غره ـ أثر عمر المتقدم: «أيما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونة أو مجذومة فلها الصداق بمسيسه إياها، وهوله على من غره منها».

---

(١) الشرح الصغير ٢/٤٧٧ ـ ٤٨٠.

(٢) المغني ٦/٦٥٥.

(٣) المرجع السابق ٦/٦٥٦ ومغني المحتاج ٣/٢٠٤ ـ ٢٠٥.

قال في سبل السلام: «وهو، أي المهر له أي للزوج على من غره منها، أي يرجع عليه وإليه ذهب الهادي ومالك وأصحاب الشافعي وذلك لأنه غُرم لحقه بسببه إلا أنهم اشترطوا علمه بالعيب فَإذا كان جاهلاً فلا غرم عليه، وقول عمر: «على من غره» دال على ذلك إذ لا غرر منه إلا مع العلم.

وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أنه لا رجوع، إلا أن الشافعي قال بهذا في الجديد». ثم نقل عن الشافعي في الجديد قوله: «وإنما تركنا ذلك لحديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها الصداق بما استحل من فرجها». قال: فجعل لها الصداق في النكاح الباطل وهي التي غرته، فلأن يجعل لها الصداق بلا رجوع على الغار في النكاح الصحيح الذي الزوج فيه مخير بطريق الأولى»[(1)]اهـ.

ولا خيار في غير العيوب المتقدمة، من عمى وعور وعرج ونحوها إلا بشرط فيعمل به ولو بوصف الولي لها عند الخطبة، كان يقول: سليمة العينين فتوجد بخلاف ذلك؛ فللزوج الرد. ولا رد بخلف الظن كثيب يظنها بكرا، إلا في تزوج الحر الأمةَ والحرة العبدَ عند الغرور بذلك.

كما لا خيار للزوج مطلقاً في عيب يوجب الخيار إذا حدث بعد العقد، لأن بيده حل العصمة فإن شاء طلق وإن شاء أمسك.

أما الزوجة فلها الرد بجنون وجذام طرآ على الزوج بعد العقد، وكذلك البرص الفاحش الطارىء بعد العقد، أما البرص الخفيف فلا رد به[(2)].

كما أن لها الرد في الجَبِّ والخِصَاء الطارئين بعد العقد وقبل البناء على المشهور، أما إذا طرآ بعد البناء فلا رد بهما قولاً واحداً[(3)].

وقال الشافعي وأحمد: إذا حدث بعد العقد عيب يوجب الخيار فإن

---

(1) سبل السلام ٣/١٠١٩ ـ ١٠٢٠.
(2) الشرح الصغير ٢/٤٧١.
(3) مواهب الجليل ٣/٤٨٦.

كان بالزوج فللزوجة الخيار اتفاقاً، وإن كان بالزوجة فللزوج الخيار أيضاً على الأصح[1].

ويجوز لولي المخطوبة كتمُ كل عيب لا يُوجب الخيار إلا بشرط السلامة منه، كالعمى والصمم ونحوهما، لأن النكاح مبني على المكارمة بخلاف البيع[2].

قال الباجي: «ولا يلزم الولي أن يخبر من حال وليته إلا بما يلزم في ردها وهي العيوب الأربعة: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج، وأما غيره من العيوب فلا يلزمه ذلك»[3]اهـ.

ويجب عليه أن يكتم عن خاطب وليته كل فحش كالزنا. لأن كتم الفاحشة واجب، فإن اشترط عليه الخاطب السلامة من ذلك فليقل: دعها عنك فإنها لا تصلح لك، ولا يصرح بالفاحشة[4].

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك: «عن أبي الزبير المكي أن رجلاً خطب إلى رجل أخته فذكر أنها قد كانت أحدثت، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فضربه أو كاد يضربه، ثم قال: مالك وللخبر؟»[5].

ومعنى «قد أحدثت» أي قد زنت[6] قاله الزرقاني، وقال عند قول عمر: «ما لك وللخبر»: «يعني أيّ غرض لك في إخبار الخاطب بذلك». فيجب على الولي ستره عليها، لأن الفواحش يجب على الإنسان سترها على نفسه، وعلى غيره، وفي الحديث: «من أصاب من هذه القاذورات شيئاً

---

(١) المهذب ٢/٤٨ والمغني ٦/٦٥٣ - ٦٥٦.
(٢) الشرح الصغير ٢/٤٨٢.
(٣) المنتقى ٣/٣٥٢.
(٤) الشرح الصغير ٢/٤٨٢.
(٥) الموطأ ٢/٥٤٧.
(٦) شرح الزرقاني على الموطإ ٣/١٦٤.

فليستتر بستر الله، فإنه من يُبْدِ لنا صفحته نُقم عليه كتاب الله»[1].

وهذا الحديث أخرجه مالك عن زيد بن أسلم مرسلاً.

وأخرج الحاكم نحوه موصولاً عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وفي رواية الحاكم: «فليستتر بستر الله، وليتب إلى الله»[2].

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الموطأ ٢/٨٢٥ والمستدرك ٤/٣٨٣.

فَصْلٌ في تنَازع الزّوجَين



إذا تنازع الزوجان في الزوجية ثبتت بينهما بشاهدي عدل فأكثر يشهدان على مُعاينة العقد أو بالسماع الفاشي، بأن قالا: لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن فلاناً تزوج فلانة بصداق قدره كذا الحال منه كذا والمؤجل منه كذا.

ولا يمين على منكر الزوجية منهما إن لم تقم بينة بذلك، لأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها[1].

وإذا ادعت امرأة على ورثة ميت أنه زوج لها وأتت بشاهد عدل على ذلك حلفت معه وورثت الميت، لأن دعواها آلت إلى مال.

ومن ادعى على غير متزوجة أنها زوجته وأنكرت ذلك أمرت بانتظار بينة إن قربت حيث لا ضرر عليها في انتظارها، فإن لم يأت بها وحكم الحاكم بعجزه عنها لم تقبل منه بينة بعد ذلك[2].

وإن ادعت امرأة الزوجية على رجل وأنكر ذلك وثبتت الزوجية بينهما فإن إنكاره لا يعد طلاقاً، فله الاستمتاع بها وعليه نفقتها إلا إذا نوى الطلاق بذلك الإنكار فيكون طلاقاً[3].

---

(١) الشرح الصغير ٢/٤٨٨.
(٢) المرجع السابق ٢/٤٨٩.
(٣) جواهر الإكليل ١/٣٢٣.

وإن اختلف الزوجان قبل البناء في قدر المهر وصفته بأن قال: إن قدره ألف وقالت: بل ألفان أو قال هو عشرون مثقالاً (ذهباً) من نوع (عِيَار) ١٨ (ثمانية عشر) وقالت بل عشرون من نوع (عيار) واحد وعشرين. صدق مدعي الأشبه منهما في الحالتين بيمين. وإن لم يشبه أحدهما، أو أشبها معاً حلفا إن كانا رشيدين وإلا فيحلف ولي غير الرشيد ويفسخ النكاح. ونكولهما كحلفهما ويقضي للحالف على الناكل.

أما إذا اختلفا بعد البناء فإن القول للزوج بيمين، فإن نكل حلفت وكان القول قولها. وإن ماتت حلف ورثتها[١].

وإن تنازعا في قبض ما حل من الصداق، فإن كان قبل البناء فالقول قولها بيمين، وإلا فقوله بيمين إن كان العرف تأخيره، وإلا فالقول قولها. وأما إن تنازعا في قبض مؤجل الصداق فإن القول قولها كسائر الديون فلا يبرأ صاحبها إلا ببينة أو إقرار رب الدين له بالدفع[٢].

وقال الشافعي: إذا اختلفا في قدر مهر أو صفته تحالفا ثم يفسخ النكاح، ويجب مهر المثل. قاله في المنهاج[٣].

وقال أحمد: إذا اختلفا في قدر المهر ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما، فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله[٤].

وقال أحمد إذا اختلفا في قبض المهر فالقول قولها سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده. قاله في المغني[٥]. قال: «وبه قال سعيد بن جبير والشعبي

---

(١) الشرح الصغير ٢/٤٩١ - ٤٩٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) مغني المحتاج ٣/٢٤٢.

(٤) المغني ٦/٧٠٧.

(٥) المغني ٦/٧٠٩.

وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي»[1].

وإذا تنازع الزوجان في متاع البيت، قبل البناء أو بعده فللزوجة المعتاد للنساء فقط كالحلي وملابس النساء بيمين، ما لم يكن في حوز الزوج الخاص به كصندوقه الخاص به الممسك بمفتاحه، أو كانت الزوجة فقيرة وادعت ما زاد على صداق مثلها فلا يقبل قولها فيما زاد على صداقها.

وإذا كان المنازّع فيه غير معتاد للنساء فقط، بأن كان معتاداً للرجل وحده أو معتاداً للرجل والمرأة معاً ـ فيكون للزوج بيمين إلا إذا كان في حوزها الخاص بها، أو كان الرجل معروفاً بالفقر وادعى ما لا يملكه عادة[2].

---

(١) المرجع السابق.
(٢) جواهر الإكليل ١/٣٢٥.



فَصْـل

فِي الوَلِيمَة "طَعَام العُرس"



يندب لمن تزوج أن يوُلم، وكون الوليمة بعد البناء مندوب ثان على المعتمد، وقيل إنها لا تكون إلا بعد البناء، فمن أولم قبله لم يأت بندب، وقيل إن الأفضل أن تكون قبل البناء فإن لم تُفعل قبله فتُفعل بعده. قال عياض: «واستحبها بعض شيوخنا قبل البناء»[1].

والأصل في ندب الوليمة ما أخرجه مالك والشيخان، واللفظ لمالك: «أن عبد الرحمٰن بن عوف جاء إلى رسول الله ﷺ وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله ﷺ فأخبره أنه تزوج، فقال له رسول الله ﷺ: «كم سقت إليها؟» فقال: زنة نواة من ذهب فقال له رسول الله ﷺ: «أولم ولو بشاة»[2].

قال الباجي: «وأمره ﷺ بذلك على معنى الندب إليها، لما فيها من إشعار النكاح وإظهاره»[3]اهـ.

وبه قال أحمد وأبو حنيفة، قاله في المغني[4].

وقال الشافعي: وليمة العُرس سنة، وفي قول واجبة، قاله في المنهاج[5].

---

(١) الشرح الصغير ٢/٤٩٩ وجواهر الإكليل ١/٣٢٥.

(٢) الموطأ ٢/٥٤٥ وبلوغ المرام ص ٢١٧ ـ ٢١٨.

(٣) المنتقى ٣/٣٤٨.

(٤) المغني ٧/١.

(٥) مغني المحتاج ٣/٢٤٥.

ومن دُعي لوليمة عُرس صراحة، كأن يُدعى بعينه، أو ضمناً كأن يدعى جماعة بوظائفهم أو صفاتهم ويكون من ضمنهم ـ فعليه إجابة الدعوة وجوباً، وإن صائماً، لكن الصائم لا يأكل، وإنما يدعو لصاحب الوليمة بالخير والبركة، أما المفطر فقيل يجب عليه الأكل، وقيل لا يجب وهو الأصح. بل إن الأكل مندوب(١).

والأصل في ذلك ما في الموطإ والصحيحين عن عبد الله بن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دُعي أحدكم إلى وليمة فليأتها»(٢) وأخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «شر الطعام طعام الوليمة، يُمنعها من يأتيها، ويُدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»(٣).

وبه قال الشافعي وأحمد في وجوب إجابة الدعوة، وندب الأكل للمفطر، أما أبو حنيفة فالأصح عنده أن إجابة الدعوة مستحبة قاله في رحمة الأمة(٤) أما الصائم فلا يأكل كما تقدم.

والأصل في ذلك ما أخرجه مسلم عن جابر قال قال رسول الله ﷺ: «إذا دعى أحدكم إلى طعام فليجب، فإنْ شاء طعم وإن شاء ترك»(٥).

وأخرج مسلم أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان صائماً فليصل، وإن كان مفطراً فليطعم»(٦). ومعنى: «فليصل» أي فليدع لأهل الطعام بالخير والبركة، ونحو ذلك(٧).

---

(١) مواهب الجليل ٤/٥.
(٢) الموطأ ٢/٥٤٦ وبلوغ المرام ص ٢١٨.
(٣) صحيح مسلم ٢/١٠٥٥.
(٤) المغني ٧/٢ ومعني المحتاج ٣/٢٤٥ ورحمة الأمة ص ٣٧٨.
(٥) صحيح مسلم ٢/١٠٥٤.
(٦) صحيح مسلم ٢/١٠٥٤.
(٧) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/٢٣٦.

ويوفق بين الحديثين بأن الأول فيه دلالة على عدم وجوب الأكل وأن الثاني فيه دليل على استحبابه فقط، والله أعلم.

ومحل وجوب إجابة الدعوة أن لا يكون هناك من يُتأذّى به في الدين كأن يكون في المجلس من عادته أن يقع في أعراض الناس، وأن لا يكون هناك منكر في محل الوليمة، كشرب الخمر واختلاط الرجال بالنساء، وكالصور الحيوانية ونحو ذلك مما نهى عنه الشرع[1].

والأصل في ذلك حديث عمر رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام بلا إزار، ومن كانت تؤمن بالله واليوم الآخر فلا تدخل الحمام». أخرجه أحمد ورواه الترمذي بمعناه من رواية جابر وحسنه. وقال الحافظ: «إسناده جيد»[2].

وعن علي رضي الله عنه قال: «صنعت طعاماً فدعوت رسول الله ﷺ فجاء فرأى في البيت تصاوير فرجع». أخرجه ابن ماجه بإسناد رجاله رجال الصحيح[3].

قُلْتُ: أما حكم التصوير فإن ما له ظل من صور الحيوان الناطق وغيره - يمنع إن كان كامل الأعضاء باتفاق جميع أهل العلم. لما في الصحيحين عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من صور صورة في الدنيا كُلِّف يوم القيامة أن ينفخ فيها الروح وليس بنافخ»[4]. ووردت أحاديث مثله في الصحيحين وغيرهما، كلها تدل على منع التصوير واتخاذه في البيوت وغيرها[5].

---

(١) الشرح الصغير ٢/٥٠١.

(٢) نيل الأوطار ٦/٣٣١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) زاد المسلم ٣/٢٠٩ - ٢١٣.

(٥) رياض الصالحين ص ٥٩٤.

ويستثنى من ذلك تصوير بنت صغيرة فإنه يجوز شراء صورتها وبيعها، لما فيها من تدريب البنات على تربية الأولاد، إلا أن مالكاً يكره للرجل أن يشتري ذلك لابنته، لأنه ليس من أخلاق أهل المروءة[1]. وكل ما يحرم تصويره يحرم بيعه وشراؤه والنظر إليه والعكس بالعكس.

أما تصوير عضو حيوان، أو حيوان ناقص الأعضاء. فلا يمنع عند الجمهور وهو ما ذهب إليه الأجهوري وعق وسلمه البناني بالسكوت[2] خلافاً للرهوني الذي قصر الجواز على صورة عضو واحد، وما استدل به الرهوني غير واضح الدلالة عندي والله أعلم فانظره [3].

أما تصوير الحيوان بما لا ظل له فالمشهور فيه الكراهة، قال عياض: «وكره مالك والشافعي وأبو حنيفة والأكثر ما صوِّر في غير ثوب لا يمتهن وهو أصح الأقاويل والجامع بين الأحاديث» نقله الأبي[4].

وقال الدزدير: «والحاصل أنه يحرم تصوير حيوان عاقل أو غيره، إذا كان كامل الأعضاء إذا كان يدوم إجماعاً، وكذا إن لم يدم على الراجح كتصويره في نحو قشر بطيخ، ويحرم النظر إليه، إذ النظر إلى المحرم حرام، بخلاف ناقص عضو فيباح النظر إليه، وغير ذي ظل كالمنقوش في حائط أو ورق فيكره إن كان غير ممتهن، وإلا فخلاف الأولى كالمنقوش في الفُرش»[5] اهـ.

والأصل في ذلك حديث: «لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة» وفي رواية في الصحيحين: «إلا رقم في ثوب». أخرجه الشيخان عن أبي طلحة مرفوعاً[6].

---

(١) إكمال الإكمال ٥/٣٩٤ وشرح الزرقاني على خليل ٤/٥٣.
(٢) شرح الزرقاني علي خليل ٤/٥٣.
(٣) حاشية الرهوني ٤/٤٢ - ٤٣.
(٤) إكمال الإكمال ٥/٣٩٤.
(٥) الشرح الكبير ٢/٣٣٧ - ٣٣٨. (٦) زاد المسلم ٥/١٧٩ - ١٨٠.

وفي مصنف ابن أبي شيبة بسند صحيح: «عن ابن عون قال: دخلت على القاسم وهو بأعلى مكة في بيته فرأيت في بيته حجلة فيها تصاوير القندس والعنقاء». قاله في الفتح. ثم قال: «يحتمل أنه تمسك بعموم قوله «إلا رقماً في ثوب» فإنه أعم من أن يكون معلقاً أو مفروشاً»[1] اهـ.

وقد خالف النووي في ذلك فقال: «ولا فرق في هذا كله بين ما له ظل وما لا ظل له. هذا تلخيص مذهبنا» يعني الشافعية. وعزا ذلك أيضاً لمالك وأبي حنيفة. وحمل بشدة على من قصر المنع على ما له ظل فقال: «وهذا مذهب باطل، لأن الستر الذي أنكر النبي ﷺ فيه ـ لا يشك أحد أنه مذموم، وليس لصورته ظل مع باقي الأحاديث المطلقة في كل صورة»[2]. وأنكر عليه ابن حجر كون هذا المذهب باطلاً، مع ميله إلى أنه مذهب مرجوح[3].

أما ما لا روح فيه كالشجر والسفن فلا خلاف في جواز تصويره. قال الدردير: «وأما تصوير غير الحيوان كشجرة وسفينة فجائز»[4] اهـ.

والأصل في ذلك ما جاء في أثر ابن عباس رضي الله عنهما قال: «فإن كنتَ لا بد فاعلاً فاصنع الشجر وما لا روح فيه» أخرجه الشيخان[5].

قلت: وكلام العلماء الذي ذكرنا آنفاً إنما هو في الصور التي تعمل باليد، أما الصور الفوتوغرافية فمن المعلوم أنها حدثت بعدهم، وقد تكلم عنها العلامة الشيخ محمد حبيب الله بن مايابي الشنقيطي في فتح المنعم، فقال: «وقد عمت البلوى في هذا الزمان بانتشار الصور حتى عسر الاحتراز

(١) فتح الباري ١٠/٣٢٦.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/٨١ ـ ٨٢.
(٣) فتح الباري ١٠/٣٢٦.
(٤) الشرح الكبير ٢/٣٣٨.
(٥) رياض الصالحين ص ٥٩٤.

من عدم وجودها في البيوت لكثرة اتخاذ الناس لها في الكتب وشبهها». قال: «فالواجب شرعاً على أهل العلم تحذير الناس من اتخاذها في البيوت، ومن استحسان ذلك، ومن تصوير المؤلفين لأنفسهم في أوائل مؤلفاتهم».

ثم قال: «نعم إن ألجأت الضرورة لها في نحو تسريح في سفر وشبه ذلك مما يتوقف عليه مصلحة الآدمي فيرجى أن لا يحصل بسببه إثم إن شاء الله، وحينئذ فلا بأس بتقليد من قال بكراهة ما لا ظل له كراهة تنزيه فقط»[1] اهـ. وتجدر الإشارة إلى أن الشيخ محمد حبيب الله يستحسن ما ذكر النووي من أنه لا فرق بين صورة ما له ظل وما لا ظل له[2].

وتكلم أيضاً عن الصورة الفوتوغرافية العلامة الشيخ محمد بخيت المطيعي المصري، في رسالة سماها: الجواب الشافي في إباحة التصوير الفوتوغرافي، قال: «إن هذا ليس من التصوير في شيء، وإنما هو حبس ظل الصورة التي صورها الله تعالى وخلقها وأبدعها بقدرته، فعليه لا يدخل هذا إن شاء الله في الممنوع منه شرعاً. ولا سيما ما تدعو الحاجة لإثباته في الجوازات السفرية ونحوها.

وأما تعليق ذلك مرفوعاً في المجالس على الرؤوس فلا ينبغي، إذ لا حاجة شرعية تدعو إلى ذلك، وإنما قد يكون ذريعة لممنوع فيمنع والله سبحانه وتعالى أعلم» اهـ. نقله العلامة الشيخ محمد بن إبراهيم آل مبارك الأحسائي في التعليق الحاوي[3].

قلت: قصارى أمر التصوير الفوتوغرافي أن يكون كتصوير ما لا ظل له من الحيوان، والراجح فيه الكراهة، كما تقدم عن القاضي عياض وغيره،

---

(١) فتح المنعم على زاد المسلم ٣/٢١٣.

(٢) المرجع السابق ٣/٢١٠ ـ ٢١٢.

(٣) التعليق الحاوي لبعض البحوث على شرح الصاوي مع الشرح الصغير ٣/٥١٨ ـ ٥٢٢.

خلافاً للنووي الذي قال بمنعه. وإن ما يصنع للجوازات السفرية ونحوها لا يكون إلا ناقص الأعضاء، وتقدم أن المشهور جواز ذلك فيما له ظل، وأحرى ما لا ظل له.

وعليه فإن تصوير الصور الشمسية الناقصة لا إثم فيه ولا إثم في شرائها، أما الصورة الفوتوغرافية الكاملة ـ فإذا جعلت كالتي تصنع باليد، فالمشهور كراهتها وكراهة شرائها إلا إذا دعت الحاجة إليها، وأما ما لا تدعو الحاجة إليه فالأحسن تركه. والله أعلم.

ويبيح التخلف عن الوليمة كل عذر من الأعذار التي تبيح التخلف عن الجمعة والجماعة، والتي تقدم ذكرها في باب الجمعة من هذا الكتاب[1].

ويحرم حضور غير مدعو إلا بإذن من صاحب الوليمة لحديث: «من دعي ولم يجب فقد عصى الله ورسوله، ومن دخل على غير موعد دخل سارقاً وخرج مغيراً». أخرجه أبو داود عن ابن عمر مرفوعاً، وسكت عنه أبو داود، إلا أن المنذري قال: إن بعض رجاله مجهول، ولا يعرف إلا بهذا الحديث، وليس له أنكر منه»[2].

---

(١) تبيين المسالك ١/٥٤٩.

(٢) مختصر سنن أبي داود ٥/٢٨٩ ـ ٢٩٠.



فَصْل في القَسم بَين الزَّوجَات



يجب القسم للزوجات في المبيت، فيمكث عند كل واحدة يوماً وليلة، ويندب أن يبدأ بالليل لأنه وقت الإيواء للزوجة.

ولا يسقط حق الزوجة في القسم إذا كان وطؤها غير متأت لمانع شرعي وغيره، ككونها حائضاً أو نفساء أو رتقاء أو محرِمة أو مريضة، ففي ذلك كله يلزم لها القسم، ولا محاسبة للمظلومة فيما ظُلمت فيه من القسم قال خليل: «وفات إن ظلم فيه»[1].

ولا يجوز للزوج أن يدخل على إحدى أزواجه في غير يومها إلا لحاجة غير الاستمتاع كأخذ ثوب ونحو ذلك.

ولا يؤثر واحدة على أخرى إلا برضاها بأجرة أو غيرها[2].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[3].

قال القرطبي: «فمنع من الزيادة التي تؤدي إلى ترك العدل في القسم وحسن العشرة، وذلك دليل على وجوب ذلك، والله أعلم»[4].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من كانت له

---

(١) مختصر خليل ص ١٣٢.
(٢) الشرح الصغير ٢/٥٠٧ ـ ٥٠٨.
(٣) النساء: ٣.
(٤) تفسير القرطبي ٥/٢٠.

امرأتان فمال إلى إحداهما، جاء يوم القيامة وشقه مائل» رواه أحمد والأربعة وسنده صحيح[١]. وعن عروة قال قالت عائشة رضي الله عنها: «يا بن أختي كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها». رواه أحمد وأبو داود واللفظ له، وصححه الحاكم[٢].

ولا يلزم القسم في الوطء فيُترك ذلك لطبيعة الزوج، إلا إذا قصد بذلك الضرر بها ومحاباة غيرها، ككفه عن وطء زوجة لتتوفر لذته لأخرى، فلا يجوز ذلك، أما كونه ينشط للجماع في يوم واحدة ولا ينشط له في يوم أخرى دون أن يكف عنها قصداً فإن ذلك لا حرج فيه، كما أنه لا يلزم القسم في المحبة، لأن هذا أمر خارج عن إرادته[٣].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ولَن تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدلُوا بينَ النِّساءِ وَلَو حَرصْتُم فَلا تميلُوا كُلَّ الميلِ فتذرُوها كالمعَلَّقَةِ﴾[٤] قال القرطبي: «وذلك في ميل الطبع بالمحبة والجماع والحظ من القلب، فوصف الله تعالى حالة البشر، وأنهم بحكم الخلقة لا يملكون ميل قلوبهم إلى بعض دون بعض»[٥]

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم لنسائه فيعدل ويقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٢٠.
(٢) المرجع السابق ص ٢٢١.
(٣) جواهر الإكليل ٣٢٦/١.
(٤) النساء: ١٢٩.
(٥) تفسير القرطبي ٤٠٧/٥.

أملك» رواه الأربعة وصححه ابن حبان والحاكم ولكن رجح الترمذي إرساله. قاله الحافظ[1].

ومن له زوجة فأكثر وتزوج عليها أخرى قُضِي للزوجة الجديدة بسبع ليال متواليات يبيتها عندها إن كانت بكراً، وبثلاث ليال إن كانت ثيباً، ويخير بعد تمام السبع أو الثلاث في البدء في القسم بمن شاء واستحب ابن المواز القرعة، كمن قدم بها من سفر[2].

والأصل في ذلك ما في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه قال: «السنة إذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً»[3] وأخرج مالك نحوه موقوفاً على أنس، قال مالك: «وذلك الأمر عندنا»[4].

ولا خلاف بين الأئمة الأربعة في وجوب القسم بين الزوجات في المبيت وإن امتنع الوطء أي لم يتأت لمانع شَرعي أو غيره[5].

واتفق الشافعي وأحمد مع إمامنا مالك على أنّ الزوجة الجديدة يقضى لها بسبع ليال متواليات إن كانت بكراً، وبثلاث إن كانت ثيباً[6] وقال أبو حنيفة: لا تُـفَضَّلُ الجديدة في القسم مهما كانت، بل يُسوَّى بينها وبين من كان قبلها[7].

---

(١) بلوغ المرام ص ٢٢٠.
(٢) جواهر الإكليل ١/٣٢٧.
(٣) صحيح البخاري ٥/٢٠٠٠ وصحيح مسلم ٢/١٠٨٤.
(٤) الموطأ ٢/٥٣٠.
(٥) مغني المحتاج ٣/٢٥١ - ٢٥٢ والمغني ٧/٢٧ - ٢٨.
(٦) مغني المحتاج ٣/٢٥٦ والمغني ٧/٤٣ - ٤٤.
(٧) المرجع السابق ٧/٤٤ ورحمة الأمة ص ٢٧٩.



فَصْلٌ في النشُوز



إذا نشزت الزوجة أي خرجت عن طاعة زوجها، بأن منعته الوطء والاستمتاع أو خرجت بلا إذنه لمكان لا يجب عليها الخروجُ إليه، أو خانته في نفسها أو ماله، أو خرجت عن طاعة الله عزَّ وجل كترك الصلاة والصيام ونحوهما ـ وعظها الزوج بما يدعو لرجوعها إلى رشدها برفق، وذلك بأن يذكرها بما أوجب الله عليها من طاعة الزوج وحسن صحبته. وطاعة الله عز وجل، ويذكرها بالوعيد الوارد في النشوز[1].

والأحاديث الواردة في الترهيب من عصيان الزوجة لزوجها كثيرة، فمنها ما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع»[2].

ومنها ما أخرجه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «والذي نفسي بيده ما من رجل يدعو امرأته إلى فراشها فتأبى عليه إلا كان الذي في السماء ساخطاً عليها حتى يرضى عنها»[3].

وإذا لم يفد الوعظ فيها هجرها في المضجع؛ بأن لا يضاجعها، أو يضاجعها ويوليها ظهره، ولا يجامعها. وغاية الأحسن منه شهر، ولا يبلغ أربعة أشهر.

---

(١) الشرح الصغير ٢/٥١١.

(٢) زاد المسلم ١/٢٦.

(٣) صحيح مسلم ٢/١٠٦٠.

ثم إن لم يفد الهجر في المضجع ضربها ضرباً غير مبرح، وهو الذي لا يكسر عضواً ولا يشين جارحة. ومحل ضربها إن ظن إفادة الضرب فيها وإلا فلا يجوز(١).

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿واللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي المَضَاجِعِ واضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾(٢).

والضرب الذي ورد في الآية فسره ما في صحيح مسلم من حديث جابر مرفوعاً: «ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح..»(٣).

قال النووي: «أما الضرب المبرح فهو الضرب الشديد الشاق، ومعناه: اضربوهن ضرباً ليس بشديد ولا شاق، والبرح المشقة، والمُبَرِّح بضم الميم وفتح الموحدة وكسر الراء»(٤).

وتقدم أن غير المبرح هو الذي لا يكسر عُضواً ولا يشينُ جارحةً.

وقال القرطبي: «فإن أطعنكم» أي تركن النشوز «فلا تبغوا عليهن سبيلا» أي لا تجنوا عليهن بقول أو فعل، وهذا نهي عن ظلمهن بعد تقرير الفضل عليهن والتمكين من أدبهن، وقيل المعنى: لا تكلفوهن الحب لكم، فإنه ليس إليهن»(٥).

وبه قال الثلاثة، أي أن الزوج إذا علم من زوجته نشوزاً، وعظها، ثم

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٤/٦٠-٦١.

(٢) النساء: ٣٤.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٨/١٨٣-١٨٤.

(٤) المرجع السابق.

(٥) تفسير القرطبي ٥/١٧١-١٧٣.

هجرها ثم ضربها إن ظن إفادته. حسب التفصيل المتقدم[1].

وإذا ظلم الزوج الزوجة وتعدى عليها فيما أُمر به، زجره الحاكم بوعظ، فتهديد، ثم بضرب إن ظن إفادته وإلا فلا. هذا إذا اختارت البقاء معه، أما إذا اختارت الفراق فلها التطليق بالضرر البين، أي بالتعدي إذا ثبت وإن لم يتكرر منه عليها. ومن التعدي ضربها ضرباً مبرحاً[2] وهو الذي يكسر عضواً أو يشين جارحة.

وإن ادعى كل من الزوجين الضرر وأشكل الأمر، فلم يُعلم هل هو من الزوجة أو من الزوج ولم يكن لأحدهما بينة وتكررت الشكوى من مدعي الضرر منهما أسكنهما الحاكم بين قوم صالحين إن لم يكونا بينهم، ليخبروا الحاكم بذي الضرر منهما.

وإن استمر الإشكال بعث الحاكم حكمين حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن أمكن وإلا فمن جيرانهما، لأن الجار أدرى بحال الجار، فإن لم يمكن فمن غيرهم.

ويشترط فيهما العدالة والرشد والذكورة ومعرفة الحكم فلا يصح حكم غير العدل ولا حكم السفيه، ولا حكم امرأة ولا جاهل بالحكم إلا إذا استند في حكمه إلى عالم فقيه.

وعليهما أن يسعيا في الصلح بين الزوجين، فإن تعذر الإصلاح طلّقا بلا خلع إن كان النشوز من الزوج، وبخلع إن كان النشوز منها، أو يأمران الزوج بالصبر عليها وعدم معاملتها بالضرر الواقع منها، إن اقتضى النظر والمصلحة ذلك.

وإن كانت الإساءة منهما معاً أو استمر الإشكال فيتعين الطلاق بلا خلع عند الأكثر إن لم ترض بالمُقام معه، وقيل بخلع.

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٨٩/٢ ومغني المحتاج ٢٥٩/٣ ـ ٢٦٠.
(٢) الشرح الصغير ٥١٢/٢.

وإذا أنجز الحكمان عملهما أتيا الحاكم فأخبراه بحكمهما ونفذه وجوباً، ولا يجوز له تعقبه ولا رفضه، كما أن الزوجين لا كلام لهما فيه فينفذ ولو لم يرضيا، إلا أن للزوج رد ما زاد على طلقة واحدة[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُم شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِن أَهْلِهَا إن يُريدا إصلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾[2].

قال القرطبي: «الجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله: «وإن خفتم» الحكام والأمراء، وأن قوله: «إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما» يعني الحكمين في قول ابن عباس ومجاهد وغيرهما». قال: «وتفريقهما جائز على الزوجين، وسواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه، وَكَّلهما الزوجان بذلك أو لم يوكِّلاهما، والفراق في ذلك طلاق بائن». ثم قال: «لأن الله تعالى قال: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ وهذا نص من الله سبحانه بأنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان. وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحَكم اسم في الشريعة ومعنى، فلا ينبغي لشاذ ـ فكيف لِعالِم ـ أن يركب معنى أحدهما على الآخر»[3]اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد في إحدى روايتيهما اعتماداً على ما فسر به القرطبي الآية تبعاً لابن عباس ومجاهد وغيرهما. وروايتهما الأخرى وعليها اقتصر الخرقي وصدر بها في المنهاج أنهما وكيلان من قبل الزوجين ليس لهما أن يطلقا إلا بإذنهما[4]، وهو قول أبي حنيفة قاله الجصاص[5].

* * *

---

(١) المرجع السابق ٢/٥١٣ ـ ٥١٤.

(٢) النساء: ٣٥.

(٣) تفسير القرطبي ٥/١٧٥ ـ ١٧٧.

(٤) مغني المحتاج ٣/٢٦١ والمغني ٧/٤٨.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/١٩٠.

فَصْلٌ في الخَلع



الخُلعُ جَائِزٌ وهو الطَّلاقُ بِعوَضٍ ولو غيرَ مُتَموِّلٍ كإسقاطِ حِضَانَةٍ وقِصَاصٍ، وسَوَاءٌ كَانَ العوضُ من الزَّوجَةِ أو غيْرِها، بشرْطِ رُشدِ البَاذِلِ، فإن كَان سفيهاً وقع الطَّلاقُ بَائناً، والعِوَضُ سَاقِطٌ إن لم يقيِّد، كأن يقول إن تَمَّ لِي هٰذا، فإنما يقع الطَّلاَقُ بحُصُولِ المَشْرُوطِ.

* * *

الخُلع بضم الخاء بمعنى الإزالة قال في اللسان: «وخلع امرأته خُلعاً بالضم وخِلاعاً فاختلعت وخالعته: أزالها عن نفسه، وطلقها على بذل منها له فهي خالع»[1].

وهذا التعريف شامل للمعنى اللغوي والاصطلاح الفقهي. فالمرأة كانت له بمنزلة اللباس قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾[2] وكأنه خلع هذا اللباس بالطلاق.

(١) لسان العرب ٧٦/٨.

(٢) البقرة: ١٨٧.

قوله: «الخُلع جائز.. الخ يعني أن الخلع جائز جوازاً مستوي الطرفين على المشهور، وقيل يكره[1]. وعرفه بأنه طلاق بعوض» أي طلاق بائن في نظير عوض قل أو كثر، ولو كان العوض غير متمول كالخلع على أن تسقط المرأة حضانة الأولاد للأب: (الزوج) فيصح ولو كان هناك من يستحق الحضانة غيره على المشهور، وقيل: تنتقل الحضانة إلى مستحقها، وقال في الفائق: «إنه الذي به الفتوى وجرى به عمل القضاة والمحاكم..» نقله البناني[2]. كما يصح الخلع بإسقاط الزوجة قصاصاً لازماً لها على الزوج.

وقوله: «وسواء كان العوض من الزوجة.. الخ» يعني أن العوض لا يشترط أن يكون من الزوجة، بل يصح أن يكون من غيرها، غير أنه يشترط أن يكون باذله ـ زوجة كانت أو غيرها ـ رشيداً، حراً أهلاً للتبرُّع، فإن وقع من صبية أو سفيهة أو ذي رق وقع الطلاق بائناً ورُد المال لصاحبه، ما لم يعلق الطلاق على تمام المقصود، كأن يقول إن تم لي هذا المال فالزوجة طالق، فلا يقع الطلاق إلا بحصوله على ما اشترط[3].

ولا حد لعوض الخلع فيجوز بقدر الصداق وبأكثر منه وبأقل.

ففي الموطإ: «قال مالك: لا بأس أن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها». وفيه أيضاً: «عن نافع عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها، ولم ينكر ذلك عبد الله بن عمر»[4].

وبه قال الثلاثة، إلا أن أبا حنيفة تكره عنده الزيادة على المهر، كما أن أحمد يُستحب عنده أن لا تزيد الفدية على الصداق[5]، اعتماداً على حديث امرأة ثابت الآتي إن شاء الله[5].

---

(١) الشرح الصغير ٢/٥١٧ وحاشية الصاوي عليه.
(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني على خليل ٤/٦٦.
(٣) المنتقى ٤/٦٦ وشرح الزرقاني على خليل ٤/٦٤ ـ ٦٥.
(٤) الموطأ ٢/٥٦٥.
(٥) اللباب ٣/٦٤ والمغني ٧/٥٢ ـ ٥٣.

والأصل في جواز الخلع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أن لاَ يُقِيمَا حُدودَ اللّهِ فَلا جُناح عَليهما فيما افْتدَتْ بِهِ﴾[1].

وفي صحيح البخاري: «عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة»[2].

وروى نحوه مالك وأبو داود من حديث عمرة بنت عبد الرحمٰن وعائشة[3].

وإنما يجوز أخذ العوض من الزوجة التي لم يضرَّ بها زوجها، أما من أضر بها زوجها فظلمها وضيق عليها لتفتدي منه فلا يحل له أخذ شيء منها، فإن خالعته مضى الطلاق بائناً، ورُد لها مالها.

ففي المدونة: «قلت: أرأيت إن كان الخلع على ما تخاف المرأة من نشوز الزوج؟ قال: لا يجوز للزوج أن يأخذ منها شيئاً على طلاقها»[4]اهـ. وفي الموطإ قال مالك: «في المفتدية التي تفتدي من زوجها إنه إذا عُلِم أن زوجها أضر بها وضيق عليها ـ وعُلم أنه ظالم لها مضى الطلاق، ورد عليها مالها. قال مالك: فهذا الذي كنت أسمع، والذي عليه أمر الناس عندنا»[5].

وعلى ذلك درج خليل فقال: «ورد المال بشهادة سماع على الضرر، وبيمينها مع شاهد أو امرأتين»[6]. وكذلك إذا خالعها وثبت أنها كانت مطلقة

---

(١) البقرة: ٢٢٩.
(٢) صحيح البخاري ٥/٢٠٢١.
(٣) الموطأ ٢/٥٦٤ ومختصر سنن أبي داود ٣/١٤٤ ـ ١٤٦.
(٤) المدونة ٢/٢٣١.
(٥) الموطأ ٢/٥٦٥.
(٦) مختصر خليل ص ١٣٥.

طلاقاً بائناً فإن المال يرد لها، لأن الخلع لم يصادف محلاً حالة البينونة منه.

وحكى ابن حزم الإجماع على عدم جواز أخذ المال ممن أضر بها زوجها ظلماً، وذكر اختلاف الأئمة في رد الزوج ما أخذ منها في حالة ظلمه لها، وذكر أن أبا حنيفة قال: لا يرد الزوج شيئاً مما أخذ منها ويمضي الطلاق. ومثله لابن المنذر[1].

ومع أن الزوج لا يجبر على رد ما أخذ منها عند أبي حنيفة فإنه يحرم عنده أخذ المال منها. قاله الجصاص[2].

وموجب الخلع أي موقعه ومنفذه زوج مكلف ولو سفيهاً لا غير زوج إلا أن يكون مُوكَّلاً من قبله، أما غير المكلف من صبي ومجنون فيوقعه عنه وليه.

ويصح خلع المريض مرضاً مخوفاً وترثه زوجتُه المخالعة في مرضه إن مات منه، أما هو فلا يرثها إن ماتت قبله في ذلك المرض. ومثل ذلك كل مطلقة في مرض مخوف فإنها ترث من طلقها في مرضه المخوف. وإقرار الزوج بالطلاق في مرض الموت كإنشائه في ذلك المرض، فترثه الزوجة المطلقة في مرضه المخوف ولا يرثها إن كان طلقها بائناً على دعواه، أو رجعياً وخرجت من العدة على دعواه، وإلا ورثها[3].

ولا يجوز للمريضة مرضاً مخوفاً أن تخالع زوجها، ولا يجوز له هو ذلك لما فيه من إعانته لها على الحرام.

ومحل المنع إن زاد الخلع على إرثه منها لو ماتت. فإن وقع خلع المريضة رد الزوج ما زاد على إرثه منها. وتعتبر الزيادة يوم موتها لا يوم الخلع.

ومعنى ذلك أن جميع المال المخالَع به يوقف إلى يوم الموت، فإن كان

---

(١) مراتب الإجماع ص ٨٤ والإجماع لابن المنذر ص ٨٣.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٩٣.

(٣) الشرح الصغير ٢/٥٢٦ ـ ٥٢٨.

قدر إرثه فأقل أخذه كله، وإن كان أكثر رد ما زاد على إرثه. فإن صحت الزوجة من مرضها مضى الخلع، وأخذ الزوج جميع ما خالعته به، ولو أتى على جميع مالها[1].

وقال أحمد: إن الخلع في المرض صحيح، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما معاً لأنه معاوضة فصح كالبيع. قاله في المغني قال: «ولا أعلم في هذا خلافاً. ثم إذا خالعته المريضة بميراثه فما دونه صح ولا رجوع.

وقال أبو حنيفة: له العوض كله، فإن حابته فمن الثلث، لأنه ليس بوارث فصحت محاباته لها..

وقال الشافعي: إن خالعته بمهر مثلها جاز وإن زاد فمن الثلث».

ثم قال في المغني: «وأما خلعه لزوجته (في مرض موته) فلا إشكال في صحته، سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل، ولا يعتبر من الثلث، لأنه لو طلق بغير عوض صح، فلأن يصح بعوض أولى، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء»[2]اهـ.

* * *

وَيَصحُّ الخُلع بما فيه غررٌ كآبق وغيرِ موصوفٍ وله الوسطُ منه، ويقع الطلاقُ بلفظِ الخُلع ولو بدون عوضٍ كخلعتها، وطلاقُ الخلعِ بائنٌ، وهو واحدةٌ ما لم يَنوِ أكثرَ.

* * *

يعني أن الخلع يصح ويجوز بما فيه غرر وجهل كجنين في بطن أمه

(١) المرجع السابق ٢/٥٢٨ ـ ٥٢٩.

(٢) المغني ٧/٨٨ ـ ٨٩.

وعبد آبق، فإن لم يظفر بالآبق أو انفش الحمل، فلا شيء للزوج وبانت الزوجة[1].

ويجوز الخلع أيضاً بتحمل النفقة، بأن تتحمل المرأة نفقة نفسها مدة حملها، أو نفقة ما تلده مدة الرضاع عامين أو أكثر. وإذا خالعت بنفقة ما تلده من الحمل فلا تسقط نفقة الحمل اللازمة لها بسببه، لأنهما حقان أسقطت أحدهما عنه في نظير الخلع فيبقى الآخر، وهذا قول ابن القاسم وابن الماجشون والمغيرة المخزومي واستحسنه سحنون واللخمي، وهو الصواب. قاله في منح الجليل[2].

والقول الآخر أن نفقتها مدة الحمل تسقط بإسقاطها نفقة الجنين في الخلع وهو قول الإمام مالك وعليه درج خليل فقال: «فلا نفقة للحمل»[3].

وإذا وقع الخلع بتحمل الزوجة نفقة ما تلده من الحمل وولدت أكثر من واحد فعليها نفقة جميع ما ولدت، وإن ماتت تؤخذ النفقة من تركتها[4].

وإن أعسرت فعلى الأب أن ينفق على ولده المدة المذكورة وله الرجوع عليها إن أيسرت[5].

والأصل في صحة الخلع بما فيه غرر عموم قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾. وتقدم ما في الموطإ: «عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها».

قال الباجي: «وقولها: «بكل شيء لها» يحتمل أن يكون سمته ووصفته وأحضرته حتى كان معروفاً غير مجهول، ويحتمل أن يكون الخلع وقع بهذا

---

(١) الشرح الصغير ٢/٥٢٠ ـ ٥٢١.
(٢) منح الجليل ٢/١٩٦.
(٣) مختصر خليل.ص ١٣٥.
(٤) منح الجليل ٢/١٩٧.
(٥) الشرح الصغير ٢/٥٢١ ـ ٥٢٢.

اللفظ على أن تنخلع له من كل شيء لها فيكون ذلك مجهولاً». ثم قال: «الخلع على العبد الآبق جائز عند مالك، ويجوز ذلك على الجنين في بطن أمه والجمل الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها، وفي المدونة والمبسوط: يجوز بما يثمر نخله العام، وبما تلد غنمه العام»[1]اهـ.

وقال أحمد: يجوز الخلع بالغرر والمجهول كالجنين في بطن أمه، وله عند عدم وجود ذلك أقل ما يطلق عليه ذلك الاسم، فإن قالت خالعني على ما بيدي من الدراهم ولم يكن بيدها شيء وجبت له ثلاثة دراهم، لأنها أقل الجمع. ونحوه لأبي حنيفة، وقال: وإن قالت: خالعني على ما في يدي وليس في يدها شيء فلا شيء له[2].

وقال الشافعي: إذا وقع الخلع بمجهول بانت بمهر المثل، لأن الخلع معاوضة بالبضع[3].

وقوله: «ويقع الطلاق بلفظ الخلع..» الخ يعني أن الطلاق يقع بلفظ الخلع ولو لم يكن في نظير شيء، بأن قال لها: خالعتكِ أو أنت مخالعة، وهذا هو مشهور المذهب.

وطلاق الخلع بائن لا رجعة فيه إلا بعقد جديد، سواء وقع بعوض أو بغيره وتلزم فيه واحدةٌ إلا لنية أكثر.

والدليل على أن طلاق الخلع بائن ما في الموطإ: «قال مالك في المفتدية أنها لا ترجع إلى زوجها إلا بنكاح جديد» قال: «وهذا أحسن ما سمعت في ذلك»[4].

---

(١) المنتقى ٤/٦٢.

(٢) الروض المربع ٢/٢٩١ والمغني ٧/٦١-٦٢ والهداية ٢/١٥.

(٣) مغني المحتاج ٣/٢٦٥.

(٤) الموطأ ٢/٥٦٥.

قال الباجي: وهذا يعني: «أن طلاقه ليس برجعي بل هو بائن، خلافاً لأبي ثور، والدليل على ما نقوله أنها أعطته العوض لتملك نفسها، ولو كان طلاق الخلع رجعياً لم تملك نفسها، ولم تنتفع به، ولاجتمع للزوج العوض والمعوض عنه»[1].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى روايتيهما والقول الآخر عندهما أنه فسخ لا طلاق[2]. وثمرة الخلاف تظهر في الاعتداد بطلاقه وعدم الاعتداد به. فعلى أنه فسخ لا يزيد في عدد الطلاق، وعلى أنه طلاق يزيد في عدده[3].

ولمالك قول آخر أن الخلع إن وقع بدون عوض يكون رجعياً. قال في الكافي: «ولو قصد إلى إيقاع الخلع على غير عوض كان عند مالك خلعاً وكان الطلاق بائناً. وقد قيل عنه لا يكون بائناً إلا بوجود العوض، وهذا أصح قوليه عندي، وعند أهل العلم والنظر»[4].

ولأحمد روايتان إحداهما توافق مشهور المذهب، وعليها اقتصر الخرقي أن الخلع يقع بلا عوض، والأخرى أنه رجعي إذا نوى به الطلاق، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً وهذا قول أبي حنيفة والشافعي. قاله ابن قدامة[5].

وإذا قال الرجل لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فارقتك. بصيغة الماضي، أو أفارقك بصيغة المضارع لزمت البينونة بمجرد تحقق المعلق عليه، وذلك إن

---

(١) المنتقى ٤/٦٨.
(٢) المغني ٧/٥٦ ومغني المحتاج ٣/٢٦٨.
(٣) المرجعان السابقان وبداية المجتهد ٢/٦٩.
(٤) الكافي ٢/٥٩٣.
(٥) المغني ٧/٦٧.

فُهم من الزوج الالتزام للفراق، بقرينة حال أو مقال، كمتى شئت أو إلى أجل، أو لم يفهم منه الالتزام بل فهم منه الوعد، ولكنه أدخلها في ورطة ومشقة حتى باعت متاعها أو بعضه لتدفع له ما علَّق عليه الطلاق، فيلزمه الطلاق في كلتا الحالتين وإلا فلا»[1].

* * *

(١) منح الجليل ٢/١٩٩.



فَصْلٌ في طَلَاقِ السُّنَّة وغَيْرِه



طلاقُ السُّنَّةِ ما وقعَ على مَدخولٍ بها بلفْظِ الطَّلاقِ بغير زيادةٍ على الْواحدةِ ولا تجزئةٍ لها ولا لمن وَقَعَ عليهَا في طُهرٍ لم يمَسَّ فيه.

* * *

الطلاق هو حل عصمة النكاح، وأصله الانطلاق، طلَقت المرأة (بفتح اللام وضمها) طلاقاً فهي طالق. بغير هاء غالباً. وقد يقال طالقة، قال الأعشى:

«أيا جارتا بيني فإنك طالقَهْ كذاك أمور الناس غاد وطارقَهْ»[1]

والأصل في مشروعية الطلاق قوله تعالى: ﴿الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2] وقوله عز وجل: ﴿يَأَيُّها النَّبيُّ إذا طَلَّقتُم النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[4].

(١) لسان العرب ١/٢٢٥ ـ ٢٢٦ وتفسير القرطبي ٣/١١٠ ـ ١١١.
(٢) البقرة: ٢٢٩.
(٣) الطلاق: ١.
(٤) البقرة: ٢٣٦.

وعن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها، رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه، وهو لأحمد من حديث عاصم بن عمر ورجال أبي داود رجال الصحيح[١].

وفي صحيح البخاري من حديث عائشة، أن النبي ﷺ قال: لابنة الجون: «إلحقي بأهلك»[٢]. وذلك كناية عن الطلاق كما سيأتي إن شاء الله.

وقول المصنف: «طلاق السنة ما وقع على مدخول بها..»الخ. يعني أن الطلاق الذي أذنت السنة في فعله، هو الذي أوقعه الزوج على زوجة مدخول بها بلفظ الطلاق مرة واحدة، لا أكثر، وأن تكون طلقة كاملة لا مجزأة، وأن يقع على المرأة كلها لا على جزء منها، وأن يكون وقع للمدخول بها في طهر لا في حيض أو نفاس، وأن لا يكون قد وطئها في الطهر الذي يقع فيه الطلاق، وأن لا يكون وقع في عدة المطلقة طلاقاً رجعياً.

فإن اختل شرط من هذه الشروط كان بدعياً وسيأتي إيضاح الطلاق البدعي. ومفهوم قوله: «ما وقع على مدخول بها» أن طلاق غير المدخول بها في أي حالة لا يوصف بأنه بدعي ولا سني، وهو ما ارتضاه ابن القاسم ودرج عليه صاحب الأصل، فهو مباح لا يلحق به ضرر تطويل العدة[٣]، وكذلك طلاق الصغيرة واليائسة لا يوصف بأنه للسنة ولا للبدعة، لأن لهما حالة واحدة، في إيقاع الطلاق. قاله الباجي[٤].

وتعقب البناني كلام الباجي فقال: «وتفسير السني بما أذنت فيه السنة يخالف ذلك»[٥].

---

(١) فتح الغفار ٢/٢٠٤.

(٢) بلوغ المرام ص ٢٢٧.

(٣) الشرح الصغير ٢/٥٣٧ والمنتقى ٤/٩٦.

(٤) المرجع السابق.

(٥) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٤/٨٠.

وطلاق السنة تعتريه أحكام الشرع الخمسة كالنكاح[1].

ـ فمنه ما هو جائز كالطلاق لحاجة، ويدل عليه حديثا عمر وعائشة المتقدمان في طلاق رسول الله ﷺ لحفصة وابنة الجون.

ـ ومنه ما هو مندوب، وذلك في الحالة التي يشتد فيها الشقاق بين الزوجين ليتخلصا من الإثم.

ـ ومنه ما هو واجب كطلاق المولي بعد التربص إذا لم يفيء.

ـ ومنه ما هو حرام كما لو علم أنه إن طلقها يقع في حرمة الزنا ولا قدرة له على أن يتزوج غيرها.

ـ ومنه ما هو مكروه، وذلك في الحالة التي يسود فيها الوئام بين الزوجين، ويقوم كل منهما بحق صاحبه.

لحديث: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق». أخرجه أبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه، عن ابن عمر مرفوعاً. وفي بعض رواته مقال، قاله الشوكاني[2].

قلت: والآيات المتقدمة والأحاديث التي معها ـ فيها رد صارم على بطلان ما يُروِّجه المتشبثون بالقوانين الوضعية من أن الطلاق خطر على المدنية؛ وأنه يجب سد الباب دونه إطلاقاً. وهذا مخالف للكتاب والسنة وإجماع الأمة، كما أنه مخالف لما يمليه النظر العقلي، فقد يكون بقاء النكاح في بعض الأحيان ـ بين الزوجين مفسدة وتكون الحياة بينهما جحيماً في الحالة التي يبغض فيها الزوج الزوجة ولا يقيم فيها حق الله عز وجل. كما أسلفنا.

قال ابن قدامة بعد حكايته للإجماع على جواز الطلاق ما نصه: «والعبرة دالة على جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء

---

(١) الشرح الصغير ٢/٥٣٦ ـ ٥٣٩.
(٢) نيل الأوطار ٧/٢ ـ ٣.

النكاح مفسدة محضة وضرراً مجرداً بإلزام الزوج بالنفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة»[١]اهـ.

نعم ندب الله إلى بقاء العصمة ولو مع كره الزوجة، إذا لم تكن منها فاحشة أو نشوز، قال تعالى: ﴿وعَاشِرُوهُنَّ بالمَعْرُوفِ فَإن كَرِهْتُمُوهُنَّ فعَسَى أن تَكْرَهُوا شَيْئاً ويَجْعَل اللَّهُ فِيهِ خيراً كثيراً﴾[٢].

قال القرطبي: «فإن كرهتموهُنَّ» لدمامة أو سوء خلق من غير فاحشة أو نشوز فهذا يندب فيه إلى الاحتمال. فعسى أن يؤول الأمر إلى أن يرزق الله منها أولاداً صالحين»[٣].

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «لا يَفْرَك مؤمنٌ مؤمنةً، إن كره منها خلقاً رضي منها آخر» أو قال: «غيره»[٤].

قال النووي: «يَفْرَك بفتح الياء والراء وإسكان الفاء بينهما». قال: «والفَرْك: بفتح الفَاء وسكون الراء: البغض، قال القاضي عياض: هذا ليس على النهي، قال: هو خبر، لا يقع منه بغض تام لها، قال: وبغض الرجال للنساء خلاف بغضهن لهم، قال ولهذا قال: إن كره منها خلقاً رضي منها آخر». وقال النووي معقباً على كلام عياض: «بل الصواب أنه نهي، أي ينبغي أن لا يبغضها. لأنه إن وجد فيها خُلُقاً يُكره وجد فيها خُلقاً مرضياً، بأن تكون شرسة الخلق لكنها ديِّنة أو جميلة أو عفيفة أو رفيقة به أو نحو هذا»[٥] اهـ.

قلت: واختلاف النووي وعياض في معنى الحديث إنما هو اختلاف

---

(١) المغني ٩٦/٨.
(٢) النساء: ١٩.
(٣) تفسير القرطبي ٩٨/٥.
(٤) صحيح مسلم ١٠٩١/٢.
(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ٥٨/١٠.

لفظي، فهما متفقان في أن المرأة إذا كان فيها ما يُكره فغالباً يكون فيها ما يُرضي منها.

ومعنى الآية والحديث إنما هو لنـدب البقـاء لا وجوبه وذكرنا الحالات التي يكره فيها الطلاق وغير ذلك من أحكام الشرع الخمسة. وأتينا بالأدلة على ذلك.

* * *

والمُطَلِّقُ في الحَيض ـ رَجعيّاً ـ يُجبَرُ على الرَّجعةِ فإن أَبى ارْتجع عليه الحَاكمُ. والأحبُّ إذا ارتجعَها أن يُبَاشِرهـا إذا طَهُرَتْ فإذا حاضتْ ثم طهرت طَلَّقَهَا إن شاءَ. والطَّلاقُ المُوقع في الحَيضِ مَعدودٌ، ارتجع أم لا.

* * *

يعني أن المطلّق في حيض أو نفاس يجبر على الرجعة إن كان طلاقه رجعياً، وتستمر فترة جبره على الرجعة حتى تنقضي العدة، فإن انقضت قبل الارتجاع بانت منه، ومعنى إجباره على الرجعة أن الحاكم يهدده بالسجن والضرب فإن امتنع ارتجعها الحاكم عليه، فيقول له ارتجعتها عليك. ويعتبر ارتجاع الحاكم شرعياً، يحل به الوطء ويثبت به التوارث[1].

والأفضل لمن ارتجع المطلقة في الحيض أو النفاس طوعاً أو كرهاً أن يطأها بعد طهرها، ويمسكها حتى تحيض ثم تطهر. ثم إن شاء طلقها قبل أن يمسها في هذا الطهر ليكون ذلك حرصاً على رفع الطلاق وبقاء الزوجية، إذ ربما يطرأ عليه إذا وطئها بعد الارتجاع أن تطيب نفسه بالبقاء معها[2].

---

(١) الشرح الصغير ٢/٥٣٨ ـ ٥٣٩.

(٢) إكمال الإكمال ٤/١٠٣ ـ ١٠٤.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك والشيخان: «أن عبد الله بن عمر طلق زوجته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال رسول الله ﷺ: «مره فليراجعها، ثم يُمسكْها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[1].

وهذا الأمر بالمراجعة حمله إمامنا مالك على الوجوب، أما الثلاثة فلم يحملوه على الوجوب، فأبو حنيفة وأحمد حملاه على الاستحباب فقالا: إن من طلق في الحيض يستحب له الارتجاع ولا يجبر عليه[2].

وحمله الشافعي على السنية قال: «لأن النبي ﷺ لم يأمره وإنما أمر أباه، والأمرُ بالأمر بالشيء ليس أمراً بذلك الشيء، لقوله ﷺ: «مروهم بالصلاة لسبع»[3].

وقوله: «والطلاق الموقع في الحيض معدود» يعني أن الطلاق في الحيض والنفاس يعتد به في عدد الطلقات، فإذا كان واحدة حُسِب واحدة وإن كان اثنتين عمل بمقتضاهما سواء ارتجع أو لم يرتجع. كما يعمل بمقتضى الثلاث إن أوقعها فتحرم ولا تحل إلا بعد زوج.

والأصل في ذلك ما في صحيح البخاري عن ابن عمر قال: «حُسبتْ عليَّ بتطليقة»[4] فطلق امرأته مرة واحدة وحسبت عليه، كما أن قول رسول الله ﷺ لعمر: «مره فليراجعها» يدل على ذلك، لأن الرجعة لا تقع إلا بعد الطلاق، ولا خلاف بين الائمة في هذا، كما أنه لا خلاف عندهم أن الطلاق إذا كان بائناً بينونة صغرى كوقوعه بخلع أو بينونة كبرى كطلاق الثلاث ـ أن

---

(١) الموطأ ٢/٥٧٦ وإحكام الأحكام ٤/٥٢.
(٢) اللباب ٣/٣٩ والمغني ٧/١٠٠.
(٣) مغني المحتاج ٣/٣٠٩.
(٤) صحيح البخاري ٥/٢٠١٢.

المطلّق في الحيض أو النفاس لا يؤمر بالرجعة ولا تجوز له، وإنما يستغفر الله عز وجل[1].

* * *

وَهُو في طهر مسَّها فيه أو بغير لفظ الطَّلاق كالحَقي بأهلِكِ ونوى الطَّلاق، أو نصف طلقة، أو شعرُك طالقٌ - بدعيٌّ مكروهٌ ولاَ يُجبَر بالرجعةِ فيهِ، وبِالثَّلاثِ وما يقوم مقامَها بِدعيٌّ مُحرَّمٌ يُؤدَّبُ فاعلُه.

* * *

تقدم الكلام على الطلاق السني، وهنا بيَّن المصنف الطلاق البدعي، فمن طلق زوجته في طهر مسها فيه كان طلاقه بدعياً، وكذلك من جزأ الطلاق بأن قال شعرك أو يدك طالق أو قال أنت طالق نصف طلقة أو ثلثها أو أي جزء منها، وكذلك إذا طلقها في العدة من طلاق رجعي - ففي هذه الحالات يكون الطلاق مكروهاً ولا يجبر المطلق على الرجعة، وهذا هو الطلاق البدعي المكروه.

أما الطلاق البدعي الحرام فهو ما وقع في الحيض أو النفاس ويجبر المطلّق فيهما على الرجعة حسبما تقدم، ومن الطلاق البدعي الحرام الطلاق بالثلاث على المشهور[2]. ومثله ما قام مقامه من كل طلاق بت حسبما سيأتي إن شاء الله.

والأصل في ذلك ما أخرجه الدارقطني من حديث ابن عمر قال: «قلت يا رسول الله: أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي أن أراجعها؟ فقال: «لا،

---

(١) عارضة الأحوذي ٥/١٢٧.

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني على خليل ٤/٨٠.

كانت تبين منك وتكون معصية». وتكلم في بعض رجاله[1].

وفي المدونة عن ابن عمر أنه سئل عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات في مجلس واحد فقال ابن عمر: عصى ربه وخالف السنة»[2].

وبه قال أبو حنيفة أي أن طلاق الثلاث في كلمة واحدة بدعة وفاعله عاص ويلزم إن وقع[3].

وقال الشافعي وأحمد في إحدى روايتيه ـ وعليها اقتصر الخرقي ـ إن طلاق الثلاث في كلمة واحدة، ليس بدعياً، بل سني ومباح، وروايته الأخرى أنه بدعي محرم[4].

وقول المصنف: «أو بغير لفظ الطلاق كالحقي بأهلك» الخ، ظاهره أن من طلق بغير لفظ الطلاق الصريح كالحقي بأهلك ونوى به الطلاق أن طلاقه يكون بدعياً مكروهاً.

والذي يفيده النقل أن من طلق بهذا اللفظ لا يكون طلاقه بدعياً، كما تقدم عن صحيح البخاري أن النبي ﷺ قال لابنة الجون: «الحقي بأهلك» قال لها ذلك ناوياً به الطلاق، كما سيأتي في الكناية إن شاء الله، وهذا يدل على أن الطلاق بهذا اللفظ سني لا بدعي، والله أعلم.

تنبيه: إذا كان الأئمة الأربعة اختلفوا في طلاق الثلاث في كلمة واحدة، هل هو بدعي أم سني، فإنهم لم يختلفوا أنه ثلاث طلقات لا تحل المطلقة لمن طلقها به حتى تنكح زوجاً غيره.

قال الدردير: «والإجماع على لزوم الثلاث إذا أوقعها في لفظ واحد،

---

(١) نصب الراية ٣/٢٢٠.

(٢) المدونة ٢/٦٨.

(٣) الهداية ١/٢٢٧.

(٤) مغني المحتاج ٣/٣١١ والمغني ٧/١٠٢.

نقله ابن عبد البر وغيره، ونقل بعضهم عن بعض المبتدعة أنه طلقة واحدة»[1].

وقال النووي: «وقد اختلف العلماء فيمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً، فقال الشافعي ومالك وأبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء من السلف والخلف: يقع الثلاث، وقال طاوس وبعض أهل الظاهر: لا يقع بذلك إلا واحدة، وهي رواية عن الحجاج بن أرطأة ومحمد بن إسحاق». قال: «واحتج الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحدِثُ بَعد ذَلِكَ أَمْراً﴾[2] قالوا: معناه أن المطلق قد يحدث له ندم فلا يمكنه تداركه لوقوع البينونة، فلو كانت الثلاث لا تقع لم يقع طلاقه هذا إلا رجعياً، فلا يندم»[3]اهـ.

وقال في المغني: «وإن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق بين قبل الدخول وبعده»[4]اهـ. ونحوه في أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص الحنفي[5].

وقد احتج المخالف بحديث ابن عباس عند مسلم ولفظه: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر ـ طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم»[6].

ومعنى الحديث عند العلماء أن الناس كانوا في زمن النبي ﷺ وأبي

---

(١) الشرح الصغير ٢/٥٣٧.
(٢) الطلاق: ١.
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٧٠.
(٤) المغني ٧/١٠٤.
(٥) أحكام القرآن للجصاص ١/٣٨٦ ـ ٣٨٩.
(٦) صحيح مسلم ٢/١٠٩٩.

بكر وسنتين من خلافة عمر: إنما كانوا يطلقون طلقة واحدة فصار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة فنفذه عمر عليهم. قاله المازري وغيره[1].

وسياق الكلام يؤيد هذا المعنى، لأن قول عمر: «قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة» يدل على أنهم استعجلوا، فجمعوا ثلاث طلقات في كلمة واحدة، ولو أوقعوه متفرقاً كما كان في عهده ﷺ وأبي بكر لكانت لهم فيه أناة، «أي مهلة وبقية استمتاع وانتظار للرجعة، كما قال تعالى: ﴿لا تدري لعل الله..﴾ الآية. قاله عياض[2].

ويؤيد هذا ما ثبت عن ابن عباس: راوي الحديث، ففي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن رجلاً قال لعبد الله بن عباس: إني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى عليَّ؟ فقال له ابن عباس: طلقت منك لثلاث، وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزؤاً»[3].

وأخرج أبو داود: «عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً، قال: فسكت ابن عباس حتى ظننت أنه رادُّها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول: يا بن عباس يا بن عباس وإن الله قال: «ومن يتق الله يجعل له مخرجاً» وإنك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجاً، عصيت ربك وبانت منك امرأتك»[4]. وسكت عنه أبو داود، وذكر جماعة رووه عن ابن عباس، وأقره المنذري. وروى مالك ـ بلاغاً ـ نحوه عن ابن مسعود[5].

واحتج المخالف أيضاً برواية مرجوحة من حديث ابن عمر عند مسلم:

---

(١) إكمال الإكمال ٤/١٠٩ ـ ١١٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الموطأ ٢/٥٥٠.
(٤) مختصر سنن أبي داود ٣/١٢٣.
(٥) الموطأ ٢/٥٥٠.

أن ابن عمر طلق امرأته في الحيض ثلاثاً وحسبت عليه واحدة[1]، وبحديث ركانة أنه طلق ثلاثاً فأُمِر أن يرتجع.

أما حديث ابن عمر فقال فيه النووي: «وأما حديث ابن عمر فالروايات الصحيحة التي ذكرها مسلم وغيره أنه طلقها واحدة»[1]اهـ.

وقال المازري: «والجواب عن حديث ابن عمر ما تقدم من أن الصحيح أنه إنما طلق واحدة»[2].

وأما حديث ركانة فالرواية الصحيحة عنه أنه طلق البتة، فسأله النبي ﷺ عن الذي أراد بذلك فقال: «والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله ﷺ» أخرجه أبو داود، وأخرجه الترمذي، وذكر عن البخاري أنه مضطرب، تارة قيل فيه ثلاثاً وتارة قيل فيه واحدة، وأصحه أنه طلقها البتة، وأن الثلاث ذكرت فيه على المعنى. نقله المنذري[3].

وقال النووي: «ولفظ البتة محتمل للواحدة وللثلاث، ولعل صاحب هذه الرواية الضعيفة اعتقد أن لفظ البتة يقتضي الثلاث فرواه بالمعنى الذي فهمه وغلط في ذلك»[4]اهـ.

وسنتكلم على حكم البتة في مذهبنا المالكي، وفي المذاهب الأخرى، وذلك في مبحث الكناية إن شاء الله.

وخلاصة القول أن طلاق الثلاث في كلمة واحدة يعتبر ثلاث طلقات عند جميع الأئمة الأربعة، بل عند غيرهم من أجلة علماء المسلمين من السلف والخلف، وحكى ابن عبد البر الإجماع عليه كما تقدم.

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٧١.
(٢) إكمال الإكمال ٤/١٠٩.
(٣) مختصر سنن أبي داود ٣/١٣٣ ـ ١٣٤.
(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٧١.

وحديث ابن عباس الذي هو عمدة ما استدل به المخالف فسره العلماء الأجلاء ـ كما رأيت ـ بأن طلاق الثلاث كان ينطق به متفرقاً في فترات مختلفة ـ في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ـ ولما كان زمن عمر، أي بعد سنتين من خلافته استعجل الناس فأوقعوا طلاق الثلاث في كلمة واحدة، فأمضاه عمر عليهم.

أما الروايتان اللتان وردتا في حديثي ابن عمر وركانة فمردودتان لا تقوم بهما حجة كما رأيت.

وعليه فإن عمر بن الخطاب لم يغير حكماً كان يفعله رسول الله ﷺ وأبو بكر ـ وحاشاه من ذلك. وإنما الذي وقع هو تغير عوائد الناس في إيقاع الطلاق، والله أعلم.

وقد أطلنا في هذه المسألة لكثرة القيل والقال فيها في هذا الزمان، والله الموفق للصواب.

* * *

وَإِنَّما يُوقِعُ الطَّلاقَ زوجٌ ولو عبداً أو سفيهاً أو وليٌّ صغيرٍ ومجنونٍ.

ولفظه الصريحُ طالِقٌ ومُطَلَّقَةٌ وتَطَلقتِ وَعَلَيَّ الطلاقُ. ولا ينفع فيه الهزلُ. ولاَ يَنْصَرِفُ بالنِّيَّةِ لغيرهِ مَهمَا قصَد اللفظَ به، إلا إذا قامتْ مَعَهُ قرينةٌ كقوله ـ وزَوجتُه في الطَّلْقِ ـ هِيَ طالقٌ.

* * *

يعني أن الطلاق لا يصح أن يوقعه إلا زوج مكلف، ولو كان عبداً أو سفيهاً، أما الصبي والمجنون فلا يصح منهما، لعدم تكليفهما، وإنما يوقعه عنهما وليهما.

والأصل في أن الطلاق بيد العبد لا السيد حديث ابن عباس قال: «أتى النبيَّ ﷺ رجلٌ فقال يا رسول الله: سيدي زوجني أمته، وهو يريد أن يفرق بيني

وبينها، قال: فصعد رسول الله ﷺ المنبر فقال: «يأيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق». رواه ابن ماجه والدارقطني والطبراني وابن عدي، وبعض رجاله ضعيف، إلا أن طرقه يقوي بعضها بعضاً[1].

وفي الموطإ: «عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: من أذن لعبده أن ينكح فالطلاق بيد العبد، ليس بيد غيره من طلاقه شيء»[2].

قال الباجي: «وبهذا قال جمهور الصحابة: عمر وعلي وعبد الرحمٰن ابن عوف، وبه أخذ مالك وأبو حنيفة والشافعي، وسائر فقهاء الحجاز والعراق»[3]اهـ.

أما الصبي والمجنون فالدليل على عدم وقوع الطلاق منهما حديث: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يكبر وعن المجنون حتى يفيق». أخرجه أحمد والأربعة إلا الترمذي وصححه الحاكم وأخرجه ابن حبان. قاله في بلوغ المرام[4].

ولا خلاف في أن طلاق المجنون لا يقع، وكذلك سائر تصرفاته قال الشوكاني: «ولا أحفظ في ذلك خلافاً»[5] وحكى ابن قدامة وابن المنذر عليه الإجماع[6].

أما الصبي فاتفق أبو حنيفة والشافعي مع مالك في أن طلاقه لا يصح وهي إحدى روايتي أحمد. وروايته الأخرى أن طلاقه يقع، وعليها اقتصر الخرقي، قال: «وإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه»[7].

---

(١) نيل الأوطار ٧/٢٥.
(٢) الموطأ ٢/٥٧٥.
(٣) المنتقى ٤/٩٠.
(٤) بلوغ المرام ص ٢٢٨.
(٥) نيل الأوطار ٧/٢٢.
(٦) المغني والشرح الكبير ٨/٢٥٤ والإجماع لابن المنذر ص ٨٠.
(٧) رحمة الأمة ص ٢٨٧ والمغني ٧/١١٦-١١٧.

وقوله: «ولفظه الصريح طالق» إلخ يعني أن للطلاق لفظاً صريحاً، وكناية ظاهرة، وكناية خفية.

فلفظه الصريح: طالق باسم الفاعل ومُطلَّقة بفتح الطاء واللام مع تضعيفها نحو أنتِ مُطلَّقة، أو مُطَلَّقة دون ذكر المبتدإ وتطلقتِ بتضعيف اللام المفتوحة وكسر تاء المخاطبة، أو عليَّ الطلاق أو الطلاق يلزمني أو أنت الطلاق، أو طلاق بالتنكير، أي عليك طلاق أو يلزمني طلاق.

وتلزم في ذلك كله طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر، فيلزمه الطلاق ولو كان هازلاً. لحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة». رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي وقال الترمذي حسن غريب وأخرجه الحاكم وصححه. عن أبي هريرة مرفوعاً، وتُكلم في بعض رجاله[1].

وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك قاله في المغني[2].

تنبيه: من قال لامرأة ليست في عصمته: أنت طالق إن تزوَّجتك فتزوجها طلقت عليه، فإن تزوجها بعد ذلك لم تطلق عليه. وإن قال لها: كلما تزوجتك فأنت طالق طلقت عليه كلما تزوجها، فإن نكحها ثلاث مرات حرمت عليه[3].

وقوله: «ولا ينصرف بالنية لغيره» يعني أن اللفظ الصريح في الطلاق لا ينصرف لنية مخالفة له فيلزم به الطلاق نواه أو لم ينوه. للحديث الآنف الذكر: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...».

وبه قال الثلاثة[4].

إلا إذا كانت هناك قرينة تدل على صرف اللفظ عن ظاهره كالمثال الذي ذكر المصنف. والطُّلْقُ الذي ذكر هو وجع الولادة. والطلقة: المرة

---

(١) نيل الأوطار ٧/٢٠.

(٢) المغني والشرح الكبير ٨/٢٧٩.

(٣) التفريع لابن الجلاب ٢/١٠٨ - ١٠٩.

(٤) اللباب ٣/٤١ والمهذب ٢/٨١ والمغني والشرح الكبير ٧/٢٧٩.

الواحدة. قاله في اللسان[1]. وكالمثال الذي ذكر خليل بقوله: «أو كانت موثقة فقالت أطلقني»[2] فقال لها أنت طالق وادعى أنه أراد طالقٌ من الوثاق فيصدق بلا خلاف[3]. أما إن لم تسأله وهي موثقة فقال لها أنت طالق فقيل: يصدق في نيته، وقيل: لا يصدق، الأول لمطرف والثاني لأشهب[4].

ويلزم طلاق السكران بشرب محرم كخمر تعمد شربها فسكر، والأصل في ذلك عمل أهل المدينة وأقوال بعض التابعين ففي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار سُئلا عن طلاق السكران؟ فقالا: إذا طلق السكران جاز طلاقه، وإن قتل قُتل به، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا»[5].

وبه قال أبو حنيفة، والشافعي وأحمد في أصح روايتيهما. وروايتهما الأخرى: أن طلاق السكران لا ينفذ[6].

ومن أكره على الطلاق لم يلزمه، قال ابن عرفة: «طلاق المكره وسائر أفعاله لغو» نقله المواق[7] وقد تقدم توضيح الإكراه المعتبر شرعاً في باب اليمين.

وبه قال الشافعي وأحمد[8] لحديث: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». وتقدم تخريجه، وحديث: «لا طلاق في إغلاق» أخرجه

---

(١) لسان العرب ٢٢٥/١٠.
(٢) مختصر خليل ص ١٣٩.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٩٨/٤.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الموطأ ٥٨٨/٢.
(٦) اللباب ٤٥/٣ ومغني المحتاج ٢٩٠/٣ ـ ٢٩١ والمغني ١١٤/٧ ـ ١١٥ والروض المربع ٢٩٢/٢.
(٧) التاج والإكليل ٤٤/٤.
(٨) مغني المحتاج ٢٨٩/٣ والمغني ١١٨/٧.

أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والبيهقي والحاكم وصححه عن عائشة مرفوعاً. وتُكلم في بعض رجاله[1]. وفسره ابن قتيبة والخطابي وابن السيد وغيرهم بالإكراه قاله الحافظ[2]، ورد ابن السيد على من فسر الإغلاق بالغضب، فقال: «لو كان كذلك لم يقع على أحد طلاق، لأن أحداً لا يطلق حتى يغضب»[3].

وقال أبو حنيفة: طلاق المكره واقع.. قاله في البداية[4] قال العيني في البناية: «وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعلي بن أبي طالب وابن عمر رضي الله عنهم»[5].

ويلزم الطلاق بمجرد إرساله للزوجة مع رسول، فإذا قال للرسول: خبرها أنها طالق لزمه الطلاق.

كما يلزم الطلاق بالكتابة حيث كان عازماً عليه أو لا نية له، فيلزمه بمجرد الكتابة، لا إن كتبه ليستخير أو يستشير، فلا يلزمه إلا بعد وصوله لها على المشهور.

وإن كتب لها إن وصلك هذا الكتاب فأنت طالق فلا خلاف أنه لا يلزمه الطلاق إلا بوصول الكتاب إليها[6].

وإن كرر الطلاق بعطف بواو أو فاء أو ثم، أو كرره بدون عطف، بأن قال: أنت طالق طالق طالق بلا إعادة ضمير المبتدإ في اللفظين الأخيرين أو بإعادته، لزمه ما كرر مرتين أو ثلاثاً في المدخول بها بغير خلع مطلقاً، نسقه أو فصله بسكوت أو كلام أو غيره. لأن الرجعية كالزوجة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة، كما يلزم المكرر في غير المدخول بها إن نسقه، أي تابعه ولو حكماً كالفصل بعطاس أو سعال، أما إن فصله بغير ذلك فلا تلزمه إلا

---

(١) تلخيص الحبير ٣/٢١٠.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الهداية ١/٢٢٩.
(٥) البناية في شرح الهداية ٤/٣٩٠.
(٦) الشرح الصغير ٢/٥٦٨ ـ ٥٦٩.

واحدة في غير المدخول بها لإبانتها بالأول. إلا لنيّة تأكيد للأول بالثاني والثالث فلا يلزم إلا الأول في المدخول بها وغيرها في المكرر بلا عطف. وأما مع العطف فلا تنفع نيّة التأكيد عند ابن القاسم، لأن العطف ينافي التأكيد[1]. وبه قال أحمد، إلا أنه قال إنه إن لم ينوِ شيئاً في المكرر بلا عطف ـ لا تلزمه إلا واحدة. وقال الشافعي بما قال مالك في المكرر بلا عطف، أما المكرر بعطف الواو فقال: إنه يصح فيه قصد تأكيد الثاني بالثالث، لا الأول بالثاني. قاله في المنهاج[2].

* * *

وكنايتُه الظاهرةُ: كلُّ لفظ استُعمل في عرف قومِ المطلِّق لحلِّ العصمةِ، فإن استُعمل في البتِّ فهو بت، وهو في حرام أو كالميتةِ أو الدم أو لحم الخنزير ـ ثلاثٌ في المدخولِ بها، كغير المدخول بها إن لم يَنوِ أقل.

ولا تحتاجُ الكناية الظاهرة لنية، وقد تَصْرِفُها.

* * *

يعني أن الكناية الظاهرة في الطلاق هي كل لفظ استعمله أهل بلد المطلق لحل العصمة؛ فإن استعملوه في البت أي في الثلاث فهو ثلاث طلقات، وإن استعملوه في واحدة فهو طلقة واحدة.

فإذا قال الرجل لزوجته المدخول بها أنت عليَّ حرام، أو أنت علي كالميتة، أو كالدم أو كلحم الخنزير ـ لزمه ثلاث طلقات، سواء نواها أو نوى أقل منها أو لم ينْو شيئاً.

كما تلزمه ثلاث طلقات إذا قال ذلك لزوجته التي لم يدخل بها، إلا إذا نوى أقل من ثلاث طلقات فتقبل نيته[3].

(١) جواهر الإكليل ٣٤٨/١ والشرح الصغير ٥٧١/٢.
(٢) المغني ٢٣٢/٧ ومغنى المحتاج ٢٩٧/٣. (٣) الشرح الكبير للدردير ٣٧٩/٢.

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن عليّ ابن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته: أنت عليٌّ حرام. أنها ثلاث تطليقات. قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت في ذلك»[1].

قال الباجي: «وهو قول زيد بن ثابت، وقد روي أن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه قضى بها في عدي بن قيس الكِلابي، وقال له: والذي نفسي بيده، لئن مسستها قبل أن تتزوج غيرك لأرجمنك، وهذا الذي ذهب إليه مالك أنها في المدخول بها ثلاث، نوى واحدة أو ثلاثاً، وإن زعم أنه لم ينو طلاقاً لم يصدق»[2]اهـ.

وفي المدونة: «قلت: أرأيت إن قال لامرأته أنت عليٌّ كالميتة، أو كالدم أو كلحم الخنزير ولم ينو الطلاق. قال: قال مالك: هي البتة، وإن لم ينو به الطلاق»[3]اهـ.

أما إذا قال: الحلال حرام ولم يقل عليٌّ، أو قال: عليٌّ حرام بالتنكير ولم يقل أنت، ولم ينو إدخال الزوجة، بأن نوى إخراجها أو لم ينو شيئاً، فإنه لا شيء عليه في ذلك، بخلاف ما إذا قال عليٌّ الحرامُ بالتعريف فتلزمه الثلاث في المدخول بها ولا ينوى فيها، وتلزمه أيضاً في غيرها لكنه ينوي في العدد. قاله الدسوقي. قال: «والفرق بين عليٌّ حرام وبين عليٌّ الحرام أن عليٌّ الحرام استُعمل في العرف في حل العصمة بخلاف عليٌّ حرام»[4].

وقال عق: «والفرق بينه وبين المنكَّرِ تخصيص العرف في المعرف في حل العصمة بخلاف المنَكَّر حيث لم يقل: أنتِ فإنه إخبار بأن عليه شيئاً

(١) الموطأ ٢/٥٥٢.
(٢) المنتقى ٤/٩.
(٣) المدونة الكبرى ٢/٢٨٢.
(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٢/٣٨٢.

محرماً من لباس ونحوه، إلا أن يقول: أنت، أو يقصد به الزوجة فيكون من الكناية الخفية»[1]اهـ.

قال البناني: «وجرى العمل بفاس ونواحيها. في القائل عليّ الحرام بالتعريف أنه لا يلزمه إلا واحدة بائنة في المدخول بها وغيرها»[2]اهـ.

ونقل الدسوقي كلام البناني هذا وقال: «والحاصل أن كلاً من هذين القولين معتمد، وحكى البدر القرافي في الحرام أقوالاً أخر غير هذين القولين كلها ضعيفة، فقيل إن الحرام لغو لا يلزم به شيء، وقيل إنه طلقة رجعية، وقيل يُنوى فيه، إن نوى به الطلاق لزمه، وإن لم ينوه لا يلزمه طلاق، وإذا نوى به الطلاق فينوى في عدده»[3]اهـ.

قلت: وهذا اللفظ مستعمل في بلادنا لحل العصمة والبتات بلفظ: «عليٌّ بالحرام» وجريان العمل بفاس بجعله طلقة واحدة بائنة لا ينسحب على بلادنا، لأن العرف يختلف من بلد إلى بلد ومن عصر إلى عصر. وقد صرح العلاّمة الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم الشنقيطي: أن عمل فاس لا يُعمَّمُ على بلادنا: «موريتانيا».

قال في نشر البنود عند قوله في مراقي السعود:

«وقَدِّم الضعيفَ إن جرى عملْ   به لأجل سببٍ قد اتصلْ»

ما نصه: «يُشترط في جريان العمل بالضعيف أن يكون لسبب اتصل بنا، أي وجد عندنا من حصول مصلحة أو درء مفسدة، وإلا فلا نعمل بالضعيف الجاري به عمل فاس مثلاً، لجلب مصلحة أو درء مفسدة ليس كذلك موجوداً في بلادنا»[4]اهـ.

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٠٢.
(٢) حاشية البناني على الزرقاني ٤/١٠٢.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٨٢.
(٤) نشر البنود على مراقي السعود ٢/٣٣٣.

وقوله: «ولا تحتاج الكناية الظاهرة لنية» الخ يعني أن الكناية الظاهرة كصريح الطلاق لا تحتاج عندنا إلى نية، بل إنَّ الطلاق يقع بها حسبما تقدم ولو لم ينوه المتلفظ بها على الصحيح، لما نقلنا آنفاً عن المدونة ومنتقى الباجي، إلا إذا كانت هناك قرينة من المتكلم تصرفها إلى ما يدعي من نية، كأن يقع كلام بينه وبين الزوجة في معرض الطيب أو النظافة، ويقول إنه أراد بقوله: كالميتة، أي في النتن، وكالدم في القذارة، ونحو ذلك.

ومن الكناية الظاهرة أن يقول الرجل لزوجته: أنت بتة أو حبلك على غاربك، ويلزم بهما الثلاث في المدخول بها وغيرها، لأن البت هو القطع، أي أن الزوج قطع العصمة التي بينه وبين زوجته ولم يُبق منها شيئاً بيده، وإنما يقع ذلك بالثلاث. وكذلك حبلك على غاربك ومعناها عصمتك على غاربك أي كتفك، فتلزم فيها الثلاث، ولا يُنَوَّى في المسألتين، أي لا تقبل نيته[1].

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «أن عمر بن عبد العزيز قال: لو كان الطلاق ألفاً ما أبقت البتة منها شيئاً، من قال البتة فقد رمى الغاية القصوى»[2]. أي لا تحل له من بعدُ حتى تنكح زوجاً غيره[3]. وفي الموطإ أيضاً: «عن ابن شهاب أن مروان بن الحكم كان يقضي في الذي يطلق امرأته البتة أنها ثلاث تطليقات.

قال مالك: وهذا أحب ما سمعت إليّ في ذلك»[4].

قال محمد الزرقاني: «وقضاؤه ذلك بالمدينة مع توفر العلماء بها من غير نكير عليه ـ دال على حقيقته» قال: «وفي الموازية: روي أنه ﷺ ألزم البتة من طلق بها وألزم الثلاث من طلق بها، وقضى عمر فيها بالثلاث، وقاله علي وعائشة وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وأبو هريرة. وقد رَوَى ذلك

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٧٩

(٢) الموطأ ٢/٥٥٠ ـ ٥٥١.

(٣) شرح الزرقاني على الموطإ ٣/١٦٨.

(٤) الموطأ ٢/٥٥١.

كله ابن عبد البر وغيره بالأسانيد إليهم»[1]اهـ.

أما حبلك على غاربك ففي الموطإ: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سئل عن رجل قال لامرأته: حبلك على غاربك فقال عمر للرجل وهما بالكعبة: «أسألك برب هذه البنية ما أردت بقولك: حبلك على غاربك؟ فقال له الرجل: لو استحلفتني في غير هذا المكان ما صدقتك. أردت بذلك الفراق فقال عمر بن الخطاب: هو ما أردت»[2].

غير أنه جاء في المدونة: «قلت أرأيت إن قال: حبلك على غاربك؟ قال: قد قال عمر ما قد بلغك أنه نوّاه، قال مالك: ولا أرى أن يُنوى أحد في حبلك على غاربك، لأن هذا لم يقله أحد وقد أبقى من الطلاق شيئاً، قلت: فإن كانت له نية أو لم تكن له نية، هو عند مالك ثلاث البتة؟ قال: نعم»[3] اهـ.

قلت: لعل مالكاً قال هذا مع أنه بلغه فتوى عمر في المسألة ـ من أجل أن هذا اللفظ في زمن مالك أصبح واضح الاستعمال في الثلاث، والله أعلم.

ومن الكناية الظاهرة التي تلزم بها ثلاث في المدخول بها مطلقاً، وفي غير المدخول بها إلا أن ينوي أقل ـ أن يقول الرجل لزوجته: أنت خلية أو برية أو بائنة أو أنت طالق واحدة بائنة، أو أنا منك خلي أو بري أو بائن. قاله في المدونة[4].

ومن الكناية الظاهرة التي تلزم بها واحدة إلا لنية أكثر أن يقول الرجل لزوجته: اعتدِّي ويصدق في نفي الطلاق بها إن دلت قرينة على نفيه، كما لو كان ذلك في معرض الاعتداد بشيء أو في مقام العد، فيقول: نويت الاعتداد بكذا، أو نويت العد فيصدق[5].

* * *

(١) شرح الزرقاني على الموطأ ٣/١٦٨.
(٢) الموطأ ٢/٥٥١.
(٣) المدونة الكبرى ٢/٢٨٢.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الشرح الصغير ٢/٥٦٠.

وأمّا الكِنَايَةُ الخَفِيَّةُ فكلٌّ لفظٍ ليس من الصريح ولاَ جُعِل عرفاً لحلِّ العصمةِ، ولو بقول: «قومِي» أو «اذْهبِي» والمَرْجِع فيه لنيةِ المُطلِّق.

والاستثناءُ في الطَّلاقِ ينفعُ إن وصله وقصدَه ولم يَسْتغْرِق كطَلقةٍ إلا نصفاً وثلاثاً إلاَّ ثلاثاً».

* * *

يعني أن الكناية الخفية هي كل لفظ ليس صريحاً في الطلاق ولم يجر عرف بحصره على الطلاق.

ومردها لنية المطلّق، كالمثالين اللذين ذكرهما المصنف: « قومي أو اذهبي» وكذلك ما جرى مجراهما نحو: انصرفي والحقي بأهلك، أو أنت حرة..

فهذه الألفاظ ونحوها كناية خفية يُنَوَّى المتكلم بها في أصل الطلاق وفي عدده. قال خليل: «ونُوِي فيه وفي عدده في اذهبي وانصرفي أو لم أتزوجك، أو قال له رجل ألك امرأة؟ فقال: لا، أو أنت حرة أو معتقة أو الحَقي بأهلك، أو لست لي بامرأة، إلا أن يُعلق في الأخير»[1].

كأن يقول: إن فعلت كذا فلست لي بامرأة، فإن فعلت المعلق عليه وقع عليه الطلاق واحدة إلا لنية أكثر[2].

والدليل على أن الكناية الخفية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية ما تقدم عن صحيح البخاري أن ابنة الجون قال لها النبي ﷺ: «الحقي بأهلك» وكان

(1) مختصر خليل ص ١٤٠.

(2) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٠٢

ذلك طلاقاً لها لأن رسول الله ﷺ أراد بهذا اللفظ الطلاق. وهذا اللفظ نفسه جاء في صحيح مسلم أن كعب بن مالك قاله لزوجته ولم يقع به طلاق، لأنه لم يرد به الطلاق. فقد أمره رسول الله ﷺ أن يعتزل زوجته، فقال لها: «الحقي بأهلك فكوني عندهم حتى يقضي الله في هذا الأمر»[1].

قال الصنعاني: «وإلى هذا ذهب الفقهاء الأربعة وغيرهم»[2].

تنبيه: إذا طلق الرجل زوجته طلقة أو طلقتين، وتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها، ثم تزوجها الأول فإنه يحسب عليه طلاقه الماضي سواء كان واحدة أو اثنتين؛ فترجع إليه على ما بقي من طلاقها.

والأصل في ذلك ما في الموطإ عن أبي هريرة قال: «سمعت عمر بن الخطاب يقول: أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجاً غيره فيموت عنها أو يطلقها، ثم ينكحها زوجها الأول فإنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها.

قال مالك: وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها»[3].

قال الباجي: «يريد إن كان طلقها قبل أن يتزوجها الثاني طلقة، فإنها إذا رجعت إليه تكون عنده على طلقتين، وإن كان طلقها طلقتين قبل الثاني فإنها إذا رجعت للأول لا يبقى له فيها إلا طلقة واحدة، لأن الزوج لا يهدم من الطلاق إلا الثلاث، فأما الطلقة والطلقتان فلا يهدمها الزوج»[4] اهـ.

وبه قال الشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة.
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: ترجع إليه بثلاث تطليقات في المستقبل، لأن الزوج الثاني لما كان يهدم ثلاث طلقات، فأولى أن يهدم ما دونها، وهي رواية عن أحمد[5].

---

(١) صحيح مسلم ٤/٢١٢٥.
(٢) سبل السلام ٣/١٠٩٣.
(٣) الموطأ ٢/٥٨٦.
(٤) المنتقى ٤/١٢٣.
(٥) المرجع السابق والمغني ٧/٢٦١ والهداية ٢/١١

مذاهب الأئمة الثلاثة في كناية الطلاق

في المذهب الحنفي: الكناية على ضربين: منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة، وهي: اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة.

وبقية الكنايات إن نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى بها ثلاثاً كانت ثلاثاً، وإن نوى اثنتين كانت واحدة بائنة. ومثل لهذا النوع بقوله: أنت بائن وبتة وحرام وحبلك على غاربك، والحقي بأهلك وخلية وسرحتك وفارقتك وأنت حرة..

لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره، فلا يقع بها الطلاق إلا بنية، إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه[1].

أما في المذهب الشافعي فإن الكناية بنوعيها لا يقع بها الطلاق إلا إذا نواه المطلق بها ويلزم بها أي عدد نواه.

ومثل لها بقوله: أنت خلية أو برية أو بتة أو بتلة أو بائن أو اعتدي، واستبرئي رحمك والحقي بأهلك وحبلك على غاربك. قاله في المنهاج. قال: «ولو قال: أنت حرام أو حرمتك ونوى طلاقاً أو ظهاراً حصل، أو نواهما تخير وثبت ما اختاره»[2]اهـ. أي منهما. ولا يثبتان جميعاً، لأن الطلاق يزيل

(١) الهداية ١/٢٤١ ـ ٢٤٢.

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٨٠ ـ ٢٨٣.

النكاح والظهار يستدعي بقاءه وإن لم تكن له نية في قوله: أنت علي حرام، فلا تحرم عليه في الأظهر، وإن كره له ذلك، وعليه كفارة يمين. قاله في مغني المحتاج (١).

وأما في المذهب الحنبلي فالكناية نوعـان: ظاهـرة، وهي الألفاظ الموضوعة للبينونة نحو: خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأنت حرة وأنتِ الحرج وحبلك على غاربك وتزوجي من شئت، أو حللت للأزواج أو لا سبيل لي أو لا سلطان لي عليك.

وكناية خفية، وهي موضوعة للطلقة الواحدة. نحو: اخرجي واذهبي واعتدي واستبرئي، ولست لي بامرأة والحقي بأهلك وما أشبه ذلك. قاله في الروض المربع، قال: «ولا يقع بكناية ولو كانت ظاهرة طلاق إلا بنية مقارنة للفظ» قال: «فإن لم ينو لم يقع، إلا في حال خصومة أو حال غضب أو حال جواب سؤالها، فيقع الطلاق في هذه الأحوال بالكناية ولو لم ينوه، للقرينة» ثم قال: «ويقع مع النية بالكناية الظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة» ويقع بالخفية ما نواه من واحدة أو أكثر فإن نوى الطلاق فقط فواحدة» (٢).

وأما إن قال لزوجته أنت حرام فهو ظهار ولو نوى به الطلاق»(٣).

وقوله: «والاستثناء في الطلاق ينفع. .» يعني أن الاستثناء يصح في الطلاق ويفيد إن نطق به وقصد الاستثناء، وكان بإحدى أدوات الاستثناء كإلا وسوى وغير. . ولم يستغرق عدد المستثنى منه، كأن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو غير واحدة. أو كان بلفظ المضارع من استثنى، كأن يقول: أنت طالق اثنتين أستثني واحدة.

ومفهوم: «ولم يستغرق» أنه إذا استغرق أو ساوى لم يصح وهو كذلك إجماعاً. قاله عق(٤). ومثل المصنف لذلك بقوله: «كطلقة إلا نصفاً» فإن هذا الاستثناء لا يفيد، لأن نصف الطلقة يقع به الطلاق وكذلك أي جزء منها يقع به الطلاق فكأنه قال: أنت طالق طلقة إلا واحدة، ومثال الاستغراق: أنت

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الروض المربع ٢/ ٢٩٤ـ ٢٩٥.
(٣) المرجع السابق.
(٤) شرح الزرقاني: ٤/ ١٠٩.

طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً أو اثنتين إلا اثنتين أو ثلاثاً إلا أربعاً.

ولا بد أن يكون الاستثناء متصلاً، إلا إذا كان الفصل لعارض كعطاس وسعال ونحوهما حسب ما مر في باب اليمين[1].

وقد ورد الاستثناء في كتاب الله العزيز قال تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمسِينَ عاماً﴾[2]

ومعنى الآية أن نوحاً لبث في قومه تسعمائة وخمسين سنة. وهذا يدل على صحة الاستثناء لغة وشرعاً.

وما دام الاستثناء لم يستغرق عدد المستثنى منه فإنه ينفع في الطلاق سواء كان الاستثناء أقل من نصف المستثنى منه أو أكثر منه. فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين لزمه طلقة واحدة.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أحمد: لا يصح استثناء أكثر من النصف، وعليه يلزمه الثلاث في المثال الآنف الذكر[3].

واحترز المصنف بالصريح والكناية من الكلام النفسي وهو إجراء لفظِ الطلاق على القلب دون التلفظ به، فلا يقع به الطلاق على المشهور[4]، لما في الصحيحين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «إنَّ الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به»[5].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[6]. وقيل بلزوم الطلاق في مذهبنا وصححه ابن رشد. وإلى ذلك أشار خليل بقوله: «وفي لزومه بكلامه النفسي خلاف»[7].

(١) المنتقى ٣/٢٤٧.

(٢) العنكبوت: ١٤.

(٣) اللباب ٣/٥٣ والمهذب ٢/٨٦ والروض المربع ٢/٢٩٧.

(٤) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٠٤.

(٥) زاد المسلم ١/٥٧.

(٦) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٣/١٣٥ والمغني ٧/١٢١.

(٧) مختصر خليل ص ١٤١.

فَصْلٌ فِي الرَّجعَة



لَا رجعةَ في بَائِنٍ، كمُطَلَّقٍ قبلَ الدخولِ ومُخْتَلِعٍ ولا في بَتَاتٍ. وَإِنَّمَا تَكُونُ الرجعَةُ فِي عِدَّةِ مَوْطُوءَةٍ بعد الدُّخُولِ بلفظٍ: «كارتجعت زوجتي» أو «راجعت» أو فعلٍ كضَمٍّ أو تقبيلٍ مَعَ نيةٍ، فَلَهُ حِينئِذٍ التَّمَتُّعُ بها بِلَا صَدَاقٍ وَلَا عقدٍ رضيتْ أو أبَتْ.

* * *

الرجعةُ بفتح الراء وكسرها: عود المطلق إلى مطلقته[1]. وذلك بشرط أن يكون الطلاق غير بائن، فإن كان بائناً كطلاق الخلع أو البت أو طلاق غير المدخول بها فلا رجعة فيه.

فالرجعة إنما تكون في طلاق مدخول بها بالشروط الآنفة الذكر، وتكون قبل انقضاء العدّة من نكاح صحيح.

وتصحّ الرجعة بصريح اللفظ كارتجعت وراجعت ولو بدون نيّة. ولا تصحّ بمحتملٍ إلا مع النيّة كقوله: أعـدت الحل، ورفعت التحريم، فيحتمل في الأول أن يكون له ولغيره، وفي الثاني أن يكون عنه وعن غيره[2].

---

(١) القاموس المحيط ٣/٢٨.

(٢) الشرح الصغير ٢/٦٠٤ ـ ٦٠٧.

وتصحّ بالفعل أيضاً مع النيّة كأن يُقبِّل أو يلمس أو يطأ وينوي بذلك الرجعة.

ولا تحتاج الرجعة إلى عقد ولا صداق فللزوج الارتجاع بما ذكر آنفاً رضيت المطلقة أو أبت.

قال في الكافي: «فله مراجعتها ما دامت في عدّتها وإن كرهت، دون صداق ولا ولي، ثم قال: «ومن قبَّل أو باشر ينوي بذلك الرجعة كانت رجعة، وإن لم ينوِ بالقبلة والمباشرة المراجعة كان إثماً ولي ـ بمراجعة»[1].

والأصل في جواز الرجعة الكتاب والسنّة والإجماع أما الكتاب فقال تعالى: ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْراً ﴾[2] وقال عزَّ وجل: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ إلى قوله عزَّ وجل: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أحقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً ﴾[3] قال القرطبي: «أي بمراجعتهنّ». قال: وهو: «حكم خاص فيمن كان طلاقها دون الثلاث»[4].

وأما السنّة فقد تقدم حديث ابن عمر مرفوعاً عند مالك والشيخين: «مره فليراجعها». وحديث عمر أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها. رواه أحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي.

وأما الإجماع فقال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة ـ بعد دخوله بها ـ أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونتها ـ فله عليها الرجعة ما كانت في عدّتها، وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد انقضاء عدّتها»[5]. وحكى الإجماع أيضاً على ذلك القرطبي[6].

ولا خلاف بين الأئمة في ثبوت الرجعة بلفظ الارتجاع كأن يقول ارتجعتها أو راجعتها ونحو ذلك.

---

(١) الكافي ٢/٦١٧ ـ ٦١٨.

(٢) الطلاق: ١.

(٣) البقرة: ٢٢٨.

(٤) تفسير القرطبي ٣/١٢٠.

(٥) المغني ٧/٢٧٨.

(٦) تفسير القرطبي ٣/١٢٠.

أما الوطء ومقدماته فعندنا ـ كما تقدم ـ أنها تقع بهما إذا نواه بهما أو بأحدهما.

وقال أبو حنيفة: تقع الرجعة بهما أو بأحدهما نواها أو لم ينوِها[1].

وقال أحمد: تقع بالوطء فقط نواها به أو لم ينوِها[2].

وقال الشافعي: لا تصح بهما مطلقاً ولو نواها بهما[3].

* * *

وَهِيَ قَبلَ الرجْعَةِ فِي الْعِدَّةِ كَالزَّوْجَةِ، لها النَّفَقَةُ وَالكِسْوةُ، ولا يَحل للزَّوجِ التَّمتُّعُ بهَا والخَلْوةُ، وَصُدّقَتْ فِي انقِضَاء العِدَّةِ إن أَمكَن الزَمنُ، وأقلّه ثلاثُونَ يوماً، ونُدب الإشهادُ في الرَّجْعَةِ.

* * *

يعني أن المطلقة طلاقاً رجعياً لها ـ في العدّة ـ ما للزوجة من حقوق كالنفقة والكسوة والسكنى، ولها الإرث إذا مات الزوج قبل انقضاء العدّة، وإذا كان للزوج ثلاث زوجات دونها فلا يجوز له أن يتزوج عليهنّ أُخرى ما دامت في العدّة، كما لا يجوز له التزوّج بأُختها وغيرها ممّن يحرم جمعها معها قبل انقضاء العـدّة، ويلحـقها الطـلاق ما دامت في العدّة كما تقدم.

ولا يحلّ للمطلّق أن يتمتع بالرجعية ولا أن يخلو بها إلا إذا نَوى بذلك الرجعة كما تقدم[4].

(١) الهداية ٢/٦.

(٢) الروض المربع ٢/٣٠٧.

(٣) مغني المحتاج ٣/٣٣٧.

(٤) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٤٧.

وقوله: «وصدقت في انقضاء العدّة. . إلخ يعني أن المطلقة تصدق في دعوى انقضاء عدّتها التي هي بالأقراء أو وضع الحمل إذا ادعت ذلك في زمن يمكن فيه ذلك غالباً ولا يمين عليها.

وإن ادّعت انقضاء عدّة القرء في مدة لا يمكن فيها غالباً ويمكن نادراً، كأن تقول حضت في شهر واحد ثلاث حيض - سئل النساء فإن صدقنها في وقوع مثل ذلك عمل بقولهن، وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: «وأقله ثلاثون يوماً».

وإن ادّعته فيما لا يمكن غالباً ولا نادراً لم تُصَدَّق ولا يسأل النساء[1]. وذلك إذا ادعت انقضاء العدّة في أقل من ثلاثين يوماً، لأن أقل الطهر خمسة عشر يوماً كما تقدم في باب الحيض.

والأصل في تصديقها في العدّة قوله تعالى: ﴿ وَلَا يحلُّ لَهنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾[2].

قال القرطبي: «والمعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدّة على الحيض والأطهار، ولا اطّلاع عليهما إلا من جهة النساء - جعل القول قولها أذا ادعت انقضاء العدّة أو عدمها»[3].

أما مذاهب الثلاثة في المدة التي تصدق فيها، فقال أحمد بما تقدم عن مالك[4]. وقال الشافعي: لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوماً، وقال أبو حنيفة: لا تصدَّق في أقل من ستين يوماً[5].

وإذا ارتجعها ولم تعلم بالرجعة حتى انتهت عدّتها وتزوجت فإن لم

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ١٤٧/٤.

(٢) البقرة ٢٢٨.

(٣) تفسير القرطبي ١١٨/٣.

(٤) المغني ٢٨٦/٧ - ٢٨٧.

(٥) المرجع السابق.

يتلذذ بها الزوج الثاني فترد للأول، وإلا فتبقى عند الثاني قياساً على مسألة ذات الوليين[1] التي ذكر خليل بقوله: «وإن أذنت لوليين فعقدا فللأول إن لم يتلذذ الثاني بلا علم»[2].

وأصله في سنن أبي داود والترمذي وحسنه وصححه أبو زرعة وأبو حاتم والحاكم عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما»[3].

وقال الثلاثة: إذا ارتجعها ولم تعلم بالرجعة حتى تزوجت من آخر فإنها ترد للأول مطلقاً دخل بها الثاني أم لا، لأنها للأول فلم يصحّ نكاحها كما لو لم يطلقها[4].

وقوله: «وندب الأشهاد» يعني أن الرجعة يندب الأشهاد عليها على المشهور، وقيل يجب، ومن حق المطلقة أن تمنع المطلق من الوطء حتى يشهد، مخافة أن يعلق بها حَمْل فينكره. قال المواق: «من المدونة: من طلق زوجته فليشهد على طلاقه وعلى رجعته، وقال مالك فيمن منعت نفسها وقد ارتجع حتى يشهد: قد أصابت. ابن عرفة: وهذا دليل على وجوب الإشهاد»[5]. وعلى ندبه درج خليل قال: «وندب الإشهاد وأصابت من منعت له»[6].

والأصل في مشروعية الإشهاد قوله تعالى: «وأشهدوا ذوي عدل منكم»[7]. قال القرطبي: «فيه أمر بالإشهاد على الطلاق، وقيل على الرجعة، والظاهر رجوعه إلى الرجعة، لا إلى الطلاق» قال: «وقيل المعنى: وأشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعاً»[8] اهـ. وعن عمران بن حصين أنه سئل

(١) شرح الزرقاني على خليل ١٤٧/٤.
(٢) مختصر خليل ص ١١٥.
(٣) تلخيص الحبير ١٦٥/٣.
(٤) المغني ٢٩٤/٧ ـ ٢٩٥ وبداية المجتهد ٨٦/٢.
(٥) التاج والإكليل ١٠٥/٤.
(٦) مختصر خليل ص ١٤٨.
(٧) الطلاق ٣.
(٨) تفسير القرطبي ١٥٧/١٨.

عن الرجل يطلق ثم يراجع ولا يشهد؟ فقال: أشهد على طلاقها وعلى رجعتها». رواه أبو داود هكذا موقوفاً وسنده صحيح[1].

ومذهب الثلاثة: عدم وجوب الإشهاد.

فالشافعي مشهور مذهبه الاستحباب، وهو المذهب عند أبي حنيفة. أما أحمد فيسنّ عنده[2].

* * *

وَالْمُتْعَةُ بَعدَ البائِن وتمامِ عِدَّةِ الرجْعيِّ، وهِيَ مَا يُعطِيهِ الزَّوج لَهَا، على قدْرِ الحَالِ ـ مِن الأمرِ المَعْروفِ قِيل بوجُوبِها، لظاهِرِ القرآنِ، والمَذْهَبُ: النَّدبُ. وهِيَ لِكلِّ مُطلقة في نكاحٍ لازِمٍ، إلا المختَلَعَةَ والمُطلَّقَةَ قبل البناءِ في التسْمِيةِ والمختارَة لِكَعتْقٍ.

* * *

يعني أن المتعة تشرع بعد الطلاق البائن مباشرة، وبعد انقضاء عدة الطلاق الرجعي، وهي أي المتعة: ـ ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفاً للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، ويعطيه المطلِّق على قدر حاله؛ حسب يسره وعسره.

وقوله: «قيل بوجوبها. . إلخ يعني أن المتعة قال بعض العلماء بوجوبها، لظاهر القـرآن، مشيراً إلى قوله تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾[3].

---

(1) بلوغ المرام ص ٢٢٨.

(2) مغني المحتاج ٣/٣٣٦ واللباب ٣/٥٤ والروض المربع ٢/٣٠٧.

(3) البقرة ٢٣٦.

قال ابن عطية: «معناه أعطوهنّ شيئاً يكون متاعاً لهنّ. وحمله ابن عمر وعلي بن أبي طالب والحسن بن أبي الحسن وسعيد بن جبير وأبو قلابة والزهري وقتادة والضحاك بن مزاحم ـ على الوجوب، وحمله أبو عبيد ومالك بن أنس وأصحابه وشريح وغيرهم على الندب»[1].

ومشهور مذهبنا أنها مستحبة في كل مطلقة في نكاح لازم صحيح، أو فاسد ولزم بفواته، إلا المطلقة بخلع عوض، والمطلقة قبل البناء وقد سمي لها صداقها، لأنها تأخذ نصف الصداق مع بقاء سلعتها، وإلا المختارة نفسها لعتقها تحت زوج رقيق، أو لعيب في زوجها، أو عيب فيها وفي زوجها واختارت الفراق، والمفوض لها تخييراً أو تمليكاً ـ فهؤلاء لا متعة لهنّ[2].

وذهب ابن العربي من علمائنا إلى أنها واجبة لمن طلقت قبل البناء وقبل فرض الصداق، قال: والحكمة في ذلك أن الله سبحانه وتعالى قابل المسيس بالمهر الواجب، ونصفَهُ بالطلاقِ قبل المسيس، لما لحق الزوجة من رحض[3] العقد ووصم الحل الحاصل من الزوج بالعقد، فإذا طلقها قبل المسيس والفرض ألزمه الله المتعة كفؤاً لهذا المعنى»[4].

وقال أبو حنيفة وأحمد: المتعة واجبة لمن لم يُفرض لها وطلقت قبل البناء. ومستحبة في غيرها من المطلقات المدخول بهنّ»[5].

وقال الشافعي بوجوبها لكل مطلقة طلقت بلا سبب منها، إلا المطلقة قبل البناء المسمى لها فلا متعة لها[6].

* * *

(١) المحرر الوجيز ٢/٢٢٦.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٤٩ ـ ١٥٠.
(٣) والرحض والرحضاء: عرق الحمى. الصحاح ٣/١٠٧٧.
(٤) أحكام القرآن ١/٢١٧.
(٥) اللباب ٣/١٧ والمغني ٦/٧١٥.
(٦) مغني المحتاج ٣/٢٤١.

وَمَن فوَّضَ الطلاقَ لزوجتِه أو غيرها على سَبيلِ الوَكَالةِ ـ فله العزْلُ قبل إيقاعِ الطَّلاقِ، وردُّ ما زاد على الواحدةِ إن لم يأذَنْ فيهِ وبادَرَ بإنكارِه.

وإن مَلَّكَها الطَّلاقَ فلا عزلَ، وله ردُّ الزائِدِ.

* * *

يعني أن الزوج إذا فوض الوكالة للزوجة أو غيرها على الطلاق فله عزل مَن وكل قبل إيقاع الطلاق. ولا يُحال بينه وبين الزوجة قبل الطلاق لقدرته على العزل.

وإذا أُوقع الطلاق قبل العزل فله ردّ ما زاد على طلقة واحدة إن نوى ذلك وبادر بالإنكار، وحلف أنه لم ينوِ زائداً وإلا لزمه الزائد[1].

ولا حق له في العزل إذا كان تفويض الطلاق للزوجة متعلقاً به حقّ لها، كأن يقول: إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فلا عزل له، لأنها تعلق لها بذلك حق وهو رفع الضرر عنها[2].

وقوله: «وإن ملكها الطلاق..» إلخ يعني أن الزوج إذا ملك زوجته الطلاق أو ملكها أمرها فلا عزل له، وكذلك إذا خيّرها في الطلاق والبقاء، ويُحال بين الزوجين حتى تجيب الزوجة فيهما إجابة صريحة بالطلاق أو نفيه.

فإن كانت مملكة واختارت أكثر من واحدة فله مناكرتها مطلقاً دخل بها أو لم يدخل، أما إذا كانت مخيرة فلا يناكرها إلا إذا كانت غير مدخول بها. أما المدخول بها فليس له مناكرتها، لأن التخيير يقتضي البينونة، والبينونة لا تقع للمدخول بها إلا بالثلاث أو الخلع، فإن اختارت أقل من ثلاث وهي مخيرة تخييراً مطلقاً، بطل حقها ولا يلزم شيء.

(١) الشرح الصغير ٢/٥٩٨.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٣٠.

ومحل المناكرة إذا كان نوى أقل وقت التمليك أو التخيير ويحلف على ذلك، فإن لم ينوِ شيئاً أو نكل عن اليمين لزم ما أوقعته. وعليه أن يبادر بالإنكار، كما تقدم في التفويض[1].

ففي الموطإ: «عن نافع أن عبد الله بن عمر كان يقول: إذا ملك الرجل امرأته أمرها، فالقضاء ما قضت به إلا أن ينكر عليها ويقول لم أرد إلا واحدة، فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت في عدتها»[2].

وقال ابن رشد: «ذهب مالك إلى أن التمليك يفترق من التخيير، فأخذ في التمليك بقَول عبد الله بن عمر». وذكر أثره الآنف الذكر قال: «وذهب في التخيير إلى أنه لا يكون إلا ثلاثاً في المدخول بها، فإنْ اختارت ثلاثاً فهي ثلاث، وإن اختارت واحدة أو اثنتين فلا يكون شيء، وإن كانت غير مدخول بها كان حكمها حكم المملكة في المناكرة» اهـ نقله المواق[3].

ومعنى «يفترق من التخيير» أنه يختلف معه كما هو واضح من سياق الكلام.

فائدة: البينونة التي تقدم أنها تمنع الارتجاع ـ تقع بستة أمور، وهي: ردة أحد الزوجين، والخلع، والثلاث أو ما يقوم مقامها، والطلاق قبل البناء، وانقضاء عدة الرجعية، وطلاق الحاكم على الزوج لغير إيلاء ولا إعسار بالنفقة.

ونظم ذلك بعضهم بقَوله:

«أبِن بخُلعٍ زوجةً أو ردَّةِ ... أو بثلاثٍ أو تمام عِدَّةِ
أو بطلاقٍ إنْ يكن قَبْل الْبِنَا ... أو كان من غير الذي بها بنى[4]
إلا لإيلاء وعُسْرِ النفقة ... هذا الذي قد قاله مَن حقّقهُ».

(١) المرجعان السابقان.

(٢) الموطأ ٢/٥٥٣.

(٣) التاج والإكليل ٤/٩٣ ـ ٩٤.

(٤) أي من الحاكم.



بَاب
الإيلاء والظِهَار وَأحكامهما



الإيلاءُ: حَلفُ الزوجِ المكلَّفِ على تركِ الوطءِ صريحاً كواللَّهِ لا أطؤكِ، أو التزاماً كلا ألتقي مَعك، أو لا يَمَسُّ جلدي جلدَكِ مدةً تزيدُ على أربعةِ أشهرٍ للحرِّ، وشهرينِ للعبدِ ولو احتمالاً كحتّى أدخُلَ الدارَ، أو حتى يقوم زيدٌ. فإذا رفعت أمرَها للحاكِمِ ضرب لها أجَل الإيلاءِ أربعةَ أشهر لِلحر وشهْرين لِلعبدِ، وحُسِبَ الماضِي من يوم الحَلف.

* * *

الإيلاء في اللغة اليمين: يقال آليت أولي ألية وإيلاء قال الأعشى:

«فـآليت لا أرثِي لهـا من كـلالـةٍ   ولا من وجىً حتى تلاقى محمدا»

وقال كثير:

«قليـل الألايـا حـافظ ليمينـه   وإن بـدرت منه الأليـةُ بـرت»

وشرعاً حلف الزوج المكلف على ترك الجماع فترة محددة. واختلف في حدّ تلك الفترة، فعندنا لا بدّ أن تكون أكثر من أربعة أشهر[1].

(١) الموطأ ٢/٥٥٦.

وبه قال الشافعي وأحمد[1] وقال أبو حنيفة: إن حلف على ترك الوطء أربعة أشهر فقط كان مُولياً[2].

وسواء كان الحلف بالله وصفاته، أو بالصيام والحج أو العتق والطلاق[3]. وبه قال أبو حنيفة[4]. لقول ابن عباس: «كل يمين منعت جماعاً فهي إيلاء»[5].

وقال الشافعي في أحد قوليه: لا بدّ أن تكون اليمين بالله أو صفاته، وبه قال أحمد في أصح روايتيه، وقول الشافعي الآخر ـ وهو في الجديد ـ: يوافق مالكاً، كما توافقه رواية أحمد الأخرى[6].

وترك الوطء أكثر من أربعة أشهر يكون بصريح اللفظ أو اللزوم حسب الأمثلة التي ذكر المصنف، ومثلها أن يحلف لا يطؤها حتى تسأله الوطء، فهذا يدل على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر لزوماً للحر وأكثر من شهرين للعبد، لأن في طلبها للوطء معرة عليها. أما إذا كانت يمينه عن الوطء من أجل مصلحة الرضيع فلا يكون مولياً على المعتمد[7]. لما في الموطإ: «قال مالك من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فإن ذلك لا يكون إيلاء، وقد بلغني أن عليّ بن أبي طالب سئل عن ذلك فلم يره إيلاء»[8].

ومثل صريح اللفظ أو لزومه في الإيلاء أن يكون بلفظ يحتمل الإيلاء

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٤٣ والمغني ٧/٢٩٨.
(٢) اللباب ٣/٦٠.
(٣) تفسير القرطبي ٣/١٠٣.
(٤) البناية على الهداية للعيني ٤/٦٤٤.
(٥) تفسير القرطبي ٣/١٠٣.
(٦) مغني المحتاج ٣/٣٤٤ والمغني ٧/٢٩٨.
(٧) إكمال الإكمال ٤/١٢١.
(٨) الموطأ ٢/٥٥٨.

وغيره، كأن يقول: والله لا يطؤها حتى يقدم زيد من سفره فيحتمل أن يقدم بعد أربعة أشهر ويحتمل أن يقدم قبلها فهذا يعتبر إيلاء[1]. ولعل المصنف قال: «حتى يقدم زيد» بدل: «حتى يقوم».

وقوله: «فإذا رفعت أمرها للحاكم. .» إلخ يعني أن امرأة المولي إذا رفعت أمرها للقاضي ـ ولها ذلك ـ ضرب لها أجل الإيلاء وهو أربعة أشهر للحر وشهرين للعبد، ومبدأ الأجل معتبر من يوم اليمين على ترك الوطء إن كانت يمينه صريحة في ترك الوطء مدة الإيلاء، ولو حكماً كوالله لا أطؤك وأطلق، فهذا كالصريح الذي هو الحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر. فإن لم ترفع أمرها إلا بعد مضي مدة حسبت لها تلك المدة[2].

والأصل في الإيلاء قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِم تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أشهرٍ فإن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[3] ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[4].

قال الباجي: «وتقديره والله أعلم يقسمون على الامتناع من نسائهم، لأنه لا يقال آليت من كذا، وإنما يقال آليت على كذا، وآليت لأفعلن كذا أو لا فعلت كذا، لكنه لما كان معناه آلى ليمتنعن من امرأته وكثر استعماله. حذف ذلك لدلالة الكلام عليه». قال: «وقال الفرّاء إن «من» هنا بمعنى على، أي يؤلون على نسائهم»[5].

وفي طرر ابن عات: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد:

«تطاول هذا اللَّيلُ واسوَدَّ جانبُهْ وأرَّقني أنْ لا خليلَ أُلاعبُهْ

(١) الشرح الصغير ٢/٦٢١.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٥٦.
(٣) البقرة ٢٢٦.
(٤) البقرة ٢٢٧.
(٥) المنتقى ٤/٢٦.

فـواللّهِ لـولاَ الله تخشى عــواقبـه   لحـوِّل من هذا السـرير جـوانبـه»

فدعا عمر بها وقال: «أين زوجك؟ فقالت: بعثته للغزو، فدعا بنسوة وقال لهنّ في كم تشتاق المرأة إلى الرجل؟ قلن في شهرين ويقل صبرها في ثلاثة، وينعدم في أربعة، فجعل رضي الله عنه مغازي الناس أربعة أشهر. فعلم أنها المدة التي يقع فيها الضرر بالمرأة» نقله الأبي[1]، وقال:

«قال عياض: ولا خـلاف أنه لا يقع الطلاق قبل الأربعة أشهر، ولا في أنه يسقط الطلاق إذا حنث نفسه قبل تمامها»[2].

* * *

وَيُؤمَرُ بالفَيئَةِ من بعدِ انتهاءِ الأَجَلِ . فإن قَالَ لَا أطؤُها طلّق عليه بلا تلوُّمٍ ، وإن وَعَدَ تُلوِّم له بالاجتهادِ.

ومن قال إن لّم أدْخُلِ الدَّارَ فأنتِ طالق أو عليَّ كظهرِ أُمِّي مُنِع منها ويَضرِبُ له الحَاكمُ أجَل الإيلاءِ من يومِ الحكمِ ، فإن لم تحصل منه فيئةٌ طلق عَلَيهِ.

* * *

يعني أن المولي إذا ضرب له القاضي أجل الإيلاء وانتهى، يأمره بالرجوع إلى الوطء الذي حلف على الامتناع منه. فإن قال: لا أطؤها طلق القاضي عليه بلا تلوم، وإن وعد بالفيئة أي الرجوع ولم يفِ أخره القاضي واختبره المرة بعد المرة إلى ثلاث فإن لم يفِ أمره بالطلاق فإن أبى طلق عليه القاضي طلقة رجعية[3].

---

(١) إكمال الإكمال ٤/١٠ ـ ١٢١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الشرح الكبير للدردير ٢/٤٣٨.

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن علي بن أبي طالب: أنه كان يقول: إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق ـ وإن مضت الأربعة الأشهر ـ حتى يوقف، فإما أن يطلق وإما أن يفيء.

قال مالك: وذلك الأمر عندنا»[١].

وروى مالك نحوه عن عبد الله بن عمر[٢].

قال الباجي: «يريد أن يفيء إلى الوطء الذي حلف على الامتناع منه، فإن أبى الفيئة حكم عليه بالطلاق»[٣]. وعليه فإن الطلاق لا يقع بمجرد مضي الأشهر الأربعة.

وبه قال الشافعي وأحمد[٤]. وقال أبو حنيفة: تطلق عليه بمجرد مضي الأربعة أشهر[٥].

وسبب الاختلاف في الحكم ـ اختلافهم في فهم الآيـة، قال ابن العربي: «قال علماؤنا: قوله تعالى: ﴿وإن عزموا الطلاق﴾ دليل على أن مضي المدة لا يوقع فرقة، إذ لا بدّ من مراعاة قصده واعتبار عزمه، وقال المخالف وهو أبو حنيفة وأصحابه: إن عزيمة الطلاق تعلم منه بترك الفيئة مدى التربص». قال: «وتحقيق الأمر أن تقرير الآية عندنا: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا بعد انقضائها فإن الله غفور رحـيم وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» وتقريرها عندهم: «لِلذين يُؤْلون من نسائهم تربصُ أربعة أشهرٍ فإن فاءُوا فيها فإن الله غفور رحيم وإن عَزَمُوا الطَّلاق بترك الفيئة فيها فإن الله سميع عليم»[٦].

---

(١) الموطأ ٢/٥٥٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المنتقى ٤/٣١.

(٤) مغني المحتاج ٣/٣٥١ والمغني ٧/٣١٨.

(٥) اللباب ٣/٦٠.

(٦) أحكام القرآن ١/١٨١.

وقوله: «ومن قال إن لم أدخل الدار. .» إلخ يعني أن من قال لزوجته إن لم أدخل الدار فأنتِ طالق أو أنت عليَّ كظهر أُمي أو كأمي أو أُختي ـ فإنه يمنع من زوجته فلا يقربها ويضرب له القاضي أجل الإيلاء أربعة أشهر للحر وشهرين للعبد من يوم الحكم، فإن لم تحصل منه فيئة بدخول الدار أو الكفارة، طلق القاضي عليه بلا تلوم.

ومَن حلف ليهجرن زوجته أو لا يكلمـها فلا إيلاء عليه فيهما لأنهما لا يمنعان الوطء، إلا أنها إن تضررت بالهجر، وبترك الكلام طلق الحاكم عليه من غير ضرب أجل الإيلاء، بل باجتهاده.

ومحل كونه لا يكون مولياً في حلفه بالهجر وترك الكلام ـ إذا كان مع ذلك يمسها وإلا كان مولياً.

وإن حلف ليعزلنّ عن زوجته زمناً يحصل به ضررها فإن الحاكم يطلق عليه بالاجتهاد(١).

والعزل: هو أن يجامع، فإذا قارب الإنزال نزع وأنزل خارج الفرج(٢). والأصل فيه ما أخرجه مالك والشيخان عن أبي سعيد قال: «خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة بني المصطلق فأصبنا سبياً من سبي العرب فاشتهينا النساء فاشتدت علينا العزبة وأحببنا العزل فسألنا رسول الله ﷺ فقال: «ما عليكم أن لا تفعلوا، ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة»(٣).

ومعناه كما ذكر الأبي: «لا ضرر عليكم في ترك العزل لأنكم إنما تعزلون خوف الولد والولد إنما الأمر فيه للقدر، فاعزلوا أو لا تعزلوا»(٤).

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤٣١.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/١٠.

(٣) الموطأ ٢/٥٩٤ وصحيح البخـاري ٢ / ٨٩٨ وزاد المسلم ٢/٢٧٤ ـ ٢٧٨.

(٤) إكمال الإكمال ٤/٦٤.

بيد أن العزل عن الزوجة الحرّة لا يجوز إلا برضاها لما فيه من الضرر بها، لحقها في الإنزال كما تقدم.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد والشافعي في أحد قوليه وروايته الأخرى وهي الأصح أن العزل لا يحرم ولو لم تأذن وإنما يكره.

قال في فتح المنعم: «وقد اتفق مذهبنا معشر المالكية ومذهب الحنفية والحنابلة على أن الحرّة لا يجوز العزل عنها إلا بإذنها..» اهـ ونحوه في المغني[1].

وقال النووي: «وهو ـ يعني العزل ـ مكروه عندنا في كل حال وكل امرأة سواء رضيت أم لا، لأنه طريق لقطع النسل، ولهذا جاء في الحديث الآخر: تسميته الوأد الخفي، لأنه قطع طريق الولادة، كما يقتل المولود بالوأد». ثم قال: «وأما زوجته الحرة فإن أذنت فيه لم يحرم وإلا فوجهان أصحهما: لا يحرم» اهـ[2].

والحديث الذي أشار إليه أخرجه مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: «ثم سألوه عن العزل فقال رسول الله ﷺ: «ذلك الوأد الخفي»[3].

قال عياض: «وتشبيه العزل بالوأد ليس بمقتض للتحريم، وإنما معناه التشبيه بالوأد كقوله: الرياء: الشرك الخفي. فهو يقتضي الكراهة لا التحريم». وقال القرطبي: «ووجه التّشبيه أن الوأد إتلاف المولود والعزل إتلاف لأصل الولد فهو مقتض للتحريم».

ثم قال عياض: «فلا يعزل عن الحرّة إلا بإذنها لحقها في الولد وفي

---

(١) زاد المسلم وشرحه فتح المنعم ٢٧٦/٢ والمغني ٢٤/٧.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/١٠.
(٣) صحيح مسلم ١٠٦٧/٢.

الوطء، لأن الإنزال من تمام لذتها». نقله الأبي عنهما[1].

ويؤيده ما قال مالك في الموطإ قال: «لا يعزل الرجل المرأة الحرة إلا بإذنها، ولا بأس أن يعزل عن أمته بغير إذنها، ومَن كانت تحته أمة قوم فلا يعزل إلا بإذنهم»[2] اهـ.

ومعنى: «لا يعزل الرجل المرأة» أي لا يعزل ماءه عنها.

تنبيه: ما هو الحكم في تحديد النسل وإسقاط ما في الرحم؟.

كان العزل هو الوسيلة الوحيدة في محاربة النسل، وقد ذكرنا كلام العلماء فيه بالتفصيل.

أما اليوم فقد قام الأطباء بمحاربة النسل بوسائل أخرى متعددة كما قاموا أيضاً بوسائل للإجهاض.

ونحن نورد كلام العلماء في ذلك.

ففي حاشية الحطاب ما نصّه: «قال البرزلي في مسائل الرضاع: وأما جعل ما يقطع الماء أو يسدّ الرحم فنص ابن العربي أنه لا يجوز، وأما استخراج ما حصل من الماء في الرحم فمذهب الجمهور المنع مطلقاً، وأحفظ للخمي أنه يجوز قبل الأربعين ما دام نطفة، كما له العزل ابتداء والأول أظهر، إذ زعم بعضهم أنه الموؤودة. انتهى كلام البرزلي» قال وقال: «الجزولي في شرح قول الرسالة: ونهي عن خصاء الخيل: ولا يجوز للإنسان أن يشرب من الأدوية ما يقلّل نسله»[3]اهـ.

ونقل عبد الباقي الزرقاني كلام البرزلي والجزولي، وعقب على قول البرزلي: «فنص ابن العربي أنه لا يجوز» فقال: «لا لرجل ولا امرأة»[4] اهـ.

(١) إكمال الإكمال ٤/٦٨.

(٢) الموطأ ٢/٥٩٦.

(٣) مواهب الجليل ٣/٤٧٧.

(٤) شرح الزرقاني على خليل ٣/٢٢٥.

وقال في المعيار: «المنصوص لأئمتنا رضوان الله عليهم المنع من استعمال ما يبرد الرحم أو يستخرج ما في داخل الرحم من المني، وعليه المحصلون والنظار» ثم قال: «وانفرد اللخمي فأجاز استخراج ما في داخل الرحم من الماء قبل الأربعين يوماً. ووافق الجماعة فيما فوقها» اهـ. نقله كنون[1].

قلت: وهذه النقول صريحة في عدم جواز تحديد النسل وعدم جواز الإجهاض. والقرآن والحديث يوحيان بذلك قال تعالى: ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً﴾[2]. والإملاق: الفقر.

قال في أضواء البيان: «وأخذ بعض أهل العلم من هذه الآية ـ يعني آية ولا تقتلوا أولادكم من إملاق ـ منع العزل لأنه وأد خفي»[3].

وعن معقل بن يسار قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وإنها لا تلد، أفأتزوجها؟ قال: «لا» ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة فقال: «تزوجوا الودود الولود فإني مُكاثر بكم الأُمم». أخرجه أبو داود وسكت عنه كما سكت عنه المنذري وقال: «وأخرجه النسائي[4]. وأخرج أحمد نحوه من حديث أنس وصححه ابن حبان[5].

وتقدم الاستدلال بهذين الحديثين أول كتاب النكاح عند الكلام على ندب النكاح لمن رجا نسلاً.

وهذا كله يرد على مَن قال بجواز تحديد النسل عند فقر الأُسرة أو

---

(١) حاشية كنون على الرهوني ٣/٣٦٤.
(٢) الإسراء ٣١.
(٣) أضواء البيان ٢/٢٧٨.
(٤) مختصر سنن أبي داود ٣/٦.
(٥) بلوغ المرام ص ٢٠١.

ضعف اقتصاد المجتمع فالله هو الرزاق؛ يرزق الآباء والأبناء كما قال عزّ وجلّ: ﴿ نحن نرزقهم وإياكم ﴾.

وإذا حلف الزوج أن لا يبيت مع زوجته، أو ترك وطأها ضرراً بها من غير حلف أو داوم العبادة، وتضررت الزوجة من ترك الوطء وأرادت الطلاق فإن الحاكم يطلقها عليه بالاجتهاد، إما على الفور، وإما بضرب أجل غير أجل الإيلاء حسبما يقتضيه الحال[1].

* * *

والفَيئةُ تَكونُ بوطءِ ثَيِّب وَافتضاض البِكْر.

* * *

يعني أن الفيئة المعنية في الإيلاء هي أن يُغَيِّبَ المولي حشفته في قُبُل الزوجة التي آلى منها إن كانت ثيباً، أما إن كانت بكراً فلا تقع الفيئة إلا بافتضاضها، لأن مغيب الحشفة وحده قد لا يزيل بكارتها[2].

ويشترط في الوطء أن يكون حلالاً أما إذا كان محرماً فلا تحصل به الفيئة كوطء حائض ونفساء ومحرِم ومحرمة بحج أو عمرة . .»[3].

ولا خلاف عند جميع الأئمة أن من لا عذر له عن الجماع فيئته الجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الفيء: الجماع إذا لم يكن له عذر»[4].

وأما الوطء الحرام فتقدم أنه لا تحصل به الفيئة عندنا، كما أنه لا يحل المبتوتة.

وقال أحمد والشافعي: تحصل به الفيئة، قالاه في المغني والمنهاج،

(١) حاشية الدسوقي ٣/٤٣١.
(٢) الشرح الصغير ٢/٦٢٩.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الإجماع لابن المنذر ص ٨٣.

وهو قول في المذهب الحنفي، والقول الآخر يوافق مالكاً[1].

وإذا كان للمولي عذر من مرض أو حبس ونحوهما ففيئته الكفارة أو العتق، ونحوهما مما تنحل به يمين الإيلاء، فإن لم يمكن انحلالها بما ذكر - فالفيئة في ذلك الوعد لا الوطء لتعذره.

ففي المدونة: «إن حلّ الأجل وهو مريض أو مسجون وكانت يمينه بطلاق امرأة له أخرى، أو بعتق عبد له بعينه أو بصدقة شيء بعينه، أو بالله - لم يطلق عليه، ولكن يوقف المريض أو المسجون في موضعه ويكتب إلى الغائب. وإن كان بلده مسيرة شهر أو شهرين فيوقف أيضاً في موضعه، فإما عجلوا الكفارة أو إيقاع ما ذكرنا من المعينات من العتق والطلاق والصدقة - وإلا طلق كل واحد التي آلى منها». نقله المواق.

ثم نقل عن ابن الحاجب قوله: «إن كانت يمينه مما لا تكفر قبله كصوم لم يأتِ، أو بما لا ينفع تعجيل الحنث كالطلاق فيه رجعة؛ فيها أو في غيرها فالفيئة بالوعد»[2] اهـ.

وقال الثلاثة: إن كان له عذر من مرض أو حبس ونحوهما فإن فيئته الوعد. قال في المغني: «إذا مضت المدة وبالمولي عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه فيقول: متى قدرت جامعتها ونحو هذا»[3].

ومثله في اللباب ومغني المحتاج[4].

* * *

(١) المغني ٣٢١/٧ ومغني المحتاج ٣٥٠/٢ وحاشية ابن عابدين ٤٣٢/٣.
(٢) التاج والإكليل ١١٠/٤.
(٣) المغني ٣٢٧/٧.
(٤) اللباب ٦٢/٣ ومغني المحتاج ٣٥٠/٢.

وَالظِّهارُ: تَشْبيهُ المكلَّف من تَحلُّ له من زوجةٍ أو أمةٍ بظهر مؤبَّد تحريمُها عليهِ كالأُختِ ولو من الرَّضاع، وهـذا صريحه لا يحتاج لِنيَّةٍ ولا يَنصرفُ لغيره بها، وأما كنايته الظاهرة فما جرى به العرفُ من نحو أنتِ عليَّ كأُمي، أو كظهْرِ فلانٍ أو فُلانَةَ الأَجْنبيةِ حيث سقط أحد الأَمْرينِ: الظَّهر وَالتَّأبيدِ، وكنايتُه الخفية كُلُّ لفظٍ نوي بِهِ.

* * *

الظهار مشتق من الظهر، وهو أن يقول الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي، قال في الفتح: «وإنما خصّ الظهر بذلك دون سائر الأعضاء لأنه محل الركوب غالباً، ولذلك سمي المركوب ظهرا، فشُبهت الزوجة بذلك لأنها مركوب للرجل»[1].

وتعريف المصنّف له يشمل الأُم وغيرها من كل من يتأبد عليه تحريمها بالنسب أو الرضاع أو الصهر[2]. كأن يقول المكلف لزوجته: أنت عليّ كظهر أُختي أو عمتي أو خالتي، سواء كنّ من النسب أو الرضاع، أو أم زوجتي.

وهذا هو صريح الظهار الذي لا ينصرف لغيره ولا تقبل فيه النيّة.

ولا يدخل فيه التشبيه بالعضو على الأصح كأن يقول: أنت كرأس أُمي أو يدها، بل ذلك من الكناية الظاهرة الآتي ذكرها.

أما كنايته الظاهرة فهي ما سقط فيها لفظ الظهر أو لفظ مؤبد التحريم من النساء.

---

(١) فتح الباري ٣٨١/٩.

(٢) الموطأ ٥٦٠/٢، والمنتقى ٤٨/٤.

مثال الأول: أنت علي كأُمي أو أُختي أو عمتي أو أُمك.

ومثال الثاني: أنت عليَّ كظهر أحمد أو إبراهيم أو كظهر فلانة وليست محرماً ولا حليلة له، بمعنى أنها ممّن لا يحرم عليه في المستقبل[1].

فهذه هي كنايته الظاهرة ويُنَوَّى فيها بقسميها في أصل الطلاق، فإن نوى غير الطلاق فلا شيء عليه، كأن يقول إنه أراد بقوله: كأُمي في محبتها وطاعتها ونحو ذلك، وإن نوى بالكناية الطلاق كان بتاتاً في غير المدخول بها إن لم ينوِ أقل، ولا يُنوّى في العدد على الأصح[2].

وقوله: «وكنايته الخفية. .» إلخ يعني أن كل لفظ نوى به الظهار يلزم به كاذهبي وانصرفي، وحتى إذا أمرها بالأكل ونوى به الظهار لـزمه فهو كالطلاق يلزم بكل كلام نُوي به[3].

* * *

وَيَحْرُمُ الاستمتاعُ بالمظاهَر منها، ولها رفعُ أمرِها للحاكم فيَضربُ له أجلَ الإيلاءِ من يَومِ الحُكمِ كما تقدم. فإن مَضى الأجلُ ولم يُكفِّرْ وأرادت الطَّلاقَ طلقت عليْه. وتَجبُ الكفارة بالعَزْمِ على وطئِها، ولا تجزِىء قبلَه، ولا يَطَؤُها إلا بَعد أن يُكفِّرَ.

* * *

بعد أن ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ تعريف الظهار بصريحه وكنايته ـ

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٦٧ ـ ١٦٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الشرح الصغير ٢/٦٤٠.

تكلم على حكمه فقال: «ويحرم الاستمتاع بالمظاهَر منها..» ومعناه أن المُظاهِر يحرم عليه أن يستمتع بالزوجة التي ظاهر منها. وعليها أن تمنع نفسها منه عندما يريد الاستمتاع منها بوطء أو مقدماته.

ولها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليمنعه منها إن خشيت منه الاستمتاع بها. فيضرب له أجل الإيلاء المتقدم ذكره، فإن كفّر خلال الأجل فذاك، وإن لم يُكفّر واختارت الطلاق طلقت عليه بعد انتهاء الأجل، وذلك من يوم الحكم.

والأصل في الظهار قوله تعالى: ﴿ الذِينَ يظَّهَّرونَ مِنكُم مِّن نسَائِهم مَا هُنَّ أُمَّهاتِهِمْ إن أُمَّهَاتُهُمْ إلاَّ اللاَّئِي ولَدْنَهم وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ منكراً مِنَ القَول وَزُوراً وإنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌ غفور ﴾[1].

قال ابن العربي: «الظهار يحرم جميع أنواع الاستمتاع، خلافاً للشافعي في أحد قوليه، لأن قوله: «أنت عليّ كظهر أمي» يقتضي تحريم كل استمتاع بلفظه ومعناه، وإنما حرم الوطء بالتشبيه بالمحرمة، وهذا يقتضي تحريم كل الاستمتاع»[2].

ولا خلاف بين الأئمة في صريح الظهار وحكى ابن المنـذر عليه الإجماع فقال: «أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار: أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي»[3].

كما أنّهم متفقون على أن الظهار يقع بتشبيه الزوجة بظهر من تحرم بالنسب[4].

---

(١) المجادلة ٢.

(٢) أحكام القرآن ١٧٥٢/٤.

(٣) المغني ٣٤٠/٧.

(٤) المرجع السابق والإجماع لابن المنذر ص ٨٤.

واتفق الأئمة على أن الوطء قبل الكفارة حرام، أما التلذّذ بما دون الوطء فتقدم أنه عندنا حرام، وبه قال أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي وأحمد وقولهما الآخر أنه غير حرام[1].

وقوله: «وتجب الكفارة بالعزم.. إلخ» يعني أن المظاهِر إذا عَزَم على وطء المظاهَر منها وجبت عليه الكفارة ولا يحل له الوطء قبلها، كما أنها لا تجزىء قبل العزم على الوطء وتُقررُ الكفارة عليه بالوطء وتسقط ببينونتها بعد العزم وقبل الوطء[2].

فإن مسّها قبل أن يكفر فليستغفر الله، وليس عليه إلا كفارة واحدة. قال مالك في الموطإ: «ومن تظاهر من امرأته ثم مسّها قبل أن يكفر، ليس عليه إلا كفارة واحدة ويكف عنها حتى يكفر. وليستغفر الله وذلك أحسن ما سمعت»[3].

* * *

والكفارةُ ثلاثةُ أنواع: عتقُ رقبة مؤمنة سالمةٍ من العيوب، كاملة بلا شائبةِ حُرِّيةٍ، ولا يضرُّ العَوَرُ ولا الصِّغر ولا المرض الخفيفُ بخلافِ العَمى والبَكمِ والصمَمِ والجنونِ وقطعِ جزءٍ منها ولو كأُذنٍ أو أصبع.

فإن لم يستطِعْ فصيامُ شهرينِ متتابعيْن، فإن لم يَستطعْ فإطعامُ ستين مسكيناً أحراراً مسلمين لكلِّ مسكينٍ مدانِ إلا ثلثٌ من البُرِّ، فإن اقتاتوا غيرَه فما يقوم مقامَه في الشبعِ، ولا

(١) اللباب ٦٧/٣، ومغني المحتاج ٣٥٧/٣، والمغني ٣٤٧/٧ - ٣٤٨.
(٢) الشرح الصغير ٦٤٣/٢ - ٦٤٤.
(٣) الموطأ ٥٦٠/٢.

يُجزئُ الغداءُ والعشاءُ إن لم يتحقق بلوغهما ذلك.

ولِلعبدِ الإطعامُ إن أذِن له سيدُه، وقدْ عجز عن الصوم أو منعَه منه والله أعلم.

* * *

هذه أنواع الكفارة، وهي على الترتيب، فلا ينتقل إلى نوع إلا بعد العجز عن النوع الذي قبله، ورتبها المصنف حسبما جاءت في كتاب الله عزّ وجلّ كما سيأتي إن شاء الله ولا بدّ من نيتها في كل نوع:

١ ـ عتق رقبة مؤمنة، قياساً على كفارة القتل التي ورد النص أنها مؤمنة(١).

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة: ليس الإسلام شرطاً في رقبة الظهار(٢).

ولا بدّ أن تكون الرقبة سليمة من العيوب المؤثرة على العمل، كاملة الملكية، بأن لا يكون بعضها حرّاً أو بعضها للغير.

ولا يضرّ عتق الأعور ولا الصغير ذكراً كان أو أُنثى، ولا خفيف المرض كعرج وهرم خفيفين، بخلاف المرض الشديد كجذام وبرص ونحوهما وبخلاف الصَمَمِ والجُنونِ ولو مرة في الشهر فلا يجزىء عتق المتلبس بهما. ولا يُجزىء مقطوع جزءٍ من الرقبة ولو قل كأُذن وأصبع.

٢ ـ فإن لم توجد الرقبة ـ كما هو الغالب في الوقت الحاضر ـ فصيام شهرين قمريين متتابعين، ولا بدّ من نية التتابع.

فإن بدأهما من أول يوم من الشهر صامهما حسب الرؤية تسعة وعشرين أو ثلاثين يوماً، وإلا أكمل المنكسر ثلاثين يوماً.

---

(١) المنتقى ٤/٤١.

(٢) مغني المحتاج ٣/٣٦٠، والمغني ٧/٣٥٩، واللباب ٣/٧٠.

وإن انقطع تتابعهما بلا عذر كمرض أو نسيان أو إكراه أو خطإٍ في الغروب أو طلوع الفجر ـ ابتدأ صومهما من جديد متتابعين، كما يبتدىء صومهما إذا وطِىء المظَاهَر منها، ولو ليـلاً، لقوله تعالى: ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾ وسنأتي بالآية كلها إن شاء الله، وليس السفر عذراً فمَن أفطر فيه ابتدأ صيام الشهرين متتابعين[١].

٣ ـ فإن لم يستطع صيام شهرين متتابعين لمرض ملازم أو هرم، فليطعم ستين مسكيناً أحراراً مسلمين، فيعطي لكل واحد منهم مدّاً وثلثي مدّ من القمح إن كان هو المقتات بالبلد، وإلا أعطى ما يسدّ مسدّه شِبعاً مما هو قوت أهل البلد من أرز وذرة ونحوهما من كل ما يجزىء في زكاة الفطر التي تقدم ذكرها، ولا يجزىء مثل المدّ والثلثين من غير القمح كيلاً، خلافاً للباجي[٢].

ولا يجزىء غداء الستين مسكيناً وعشاؤهم إلا إذا تُحقق بلوغهما للمدّ والثلثين. وللعبد المظاهِر من زوجته إخراج الطعام إن أذن له سيده فيه في حالة عجزه عن الصوم، أو منعه سيده منه، ـ وله ذلك ـ إذا أضرّ بخدمته أو خراجه[٣].

والأصل في أنواع كفّارة الظهار قوله تعالى:

﴿ وَالذِينَ يُظَـٰهِرُون مِن نِسَائِهِمْ ثُم يَعُودُونَ لمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رقبة مِن قَبْلِ أن يَتَماسَّا ذَلكم تُوعَظُونَ بهِ وَاللَّهُ بِما تَعْمَلُونَ خبيرٌ فمن لَمْ يَجِد فَصِيامُ شَهْـرَيْن مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْـلِ أن يَتَمَاسَّـا فَمَن لم يَسْتَـطِعْ فـإِطْعَـامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ﴾[٤].

---

(١) الشرح الصغير ٢/٦٤٥ ـ ٦٥٢.
(٢) المنتقى ٤/٤٦.
(٣) الشرح الصغير ٢/٦٥٤ ـ ٦٥٥.
(٤) المجادلة ٣ ـ ٤.

فقوله تعالى: ﴿ من قبل أن يتماسّا ﴾ يدل على أن وطء المظاهَر منها أثناء الصوم ولو ليلاً يبطل التتابع المذكور في الآية وهومذهبنا، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال الشافعي: إن الوطء ليلاً لا يقطع التتابع لأنه لا يبطل الصوم، إلا أنه محرَّمٌ[1].

كما أن قوله تعالى: ﴿ متتابعين ﴾ يدل على أن مَن قطع التتابع بغيرعذر ابتدأ صوم الشهرين من جديد. وقد ذكرنا أن السفر ليس عذراً لأن باستطاعة الإنسان تركه، وبه قال الشافعي، وقال في الجديد إن الفطر لمرض يبطل التتابع[2].

وقال أحمد: إن أفطر يوماً بلا عذر بطل التتابع، إلا أنه قال في إحدى روايتيه وهي المشهورة ـ أن الفطر في سفر مباح لا يقطع التتابع، لأنه عذرٌ يبيح الفطر[3].

وقال أبو حنيفة: إن أفطر يوماً لعذر أو لغير عذر استأنف الشهرين لفوات التتابع[4].

---

(١) اللباب ٣/٧٢، والمغني ٧/٣٦٧، والمهذب ٢/١١٧.
(٢) مغني المحتاج ٣/٣٦٥.
(٣) المغني ٧/٣٦٦.
(٤) اللباب ٣/٧٢.

فَصْلٌ في اللِّعَان



اللِّعانُ حلفُ مسلمٍ على زِنَا زوْجتِه أو نفي حملِها بصِيغة أشهد بالله، بحكم حاكم.

فَيُلاعِنُ إن قذفها بزنىً أو نفي حملٍ، وانتفَى به الولدُ، وإلا حُدَّ، ولحق به.

ولا يَنتفِي بغير لعان، إلَّا أن تَأتي بِه لدُونِ سِتَّةِ أشهر مِنَ العقْدِ، ولا يُعتمد فيه إلَّا على يقين.

وَشُروطُه التعجيل وعدمُ الوطء بعدَ العلمِ، وأشهدُ في الأربع واللَّعنُ والغضبُ. والبدء بالزوجِ وحُضورُ جماعة لا تقل عن أربعَةٍ.

* * *

اللعان: مشتق من اللعن الوارد في القرآن في صيغة اليمين الآتي ذكرها إن شاء الله، وهو: حلف زوج مسلم مكلف على زنى زوجته أو نفي حمل أو ولد منها عنه بحضور حاكم يشهد القضية ويحكم بالتفريق أو بالحد لمن نكل عن اليمين.

فإذا قذف الزوج زوجته بزنا أو نفي حمل أو ولد وجب أن يلاعنها فإن لاعنها انتفى الولد عنه وإلا حُدَّ حد القذف، وسواء كانت في عصمته أو في عدّته. فإن قذَف أجنبية حدّ، ولا ينتفي عنه الولد إلا بلعان ولو تصادق الزوجان على نفي الوطء ونفي الولد عن الزوج إلا أن تأتي به لدون ستة أشهر من العقد كشهر أو شهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة إلا ستة أيام فينتفي عنه حينئذ بغير لعان[1].

ولا يستند في اللعان إلا على يقين بأن يكون الزوج رأى زوجته تزني كالمِرود في المكحلة حيث كان بصيراً، وكذلك إذا كان أعمى وعلم بلمس أو خبر يفيد ذلك.

ويستند في نفي الحمل لعدم وطئها أصلاً أو وطئها وأتت بالولد في مدة لا يلحق به فيها، لقلتها بأن وضعته كاملاً لخمسة أشهر فأقل، أو لكثرتها بأن وضعته بعد خمس سنين من يوم الوطء، أو أتت به بعد ستة أشهر من يوم استبرائها بالحيضة أو بالوضع فيعتمد على ذلك[2].

ويشترط في اللعان ـ زيادة على شرطي الزوجية وحضور حاكم ـ خمسة شروط أخرى وهي:

١ ـ التعجيل بعد علم الزوج بالحمل أو الولد، فلو أخّره يوماً واحداً بعد العلم بالحمل أو الولد بلا عذر فلا لعان.

٢ ـ عدم الوطء بعد العلم بالزنا أو الحمل أو الولد، فلو وطىء الزوجة المعنية بعد رؤية الزنا أو العلم بالحمل أو الولد بلا عذر امتنع اللعان.

٣ ـ لفظة: «أشهد» في المرات الأربع الأولى لكل من المتلاعنين، واللعن من الزوج في الخامسة له والغضب من الزوجة في الخامسة لها حسبما سيأتي في الآية الكريمة.

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/٦٦١.

(٢) الشرح الصغير ٢/٦٦٠.

٤ ـ بدْءُ الزوج بالحلف فإن بُدىء بالزوجة أعادت بعده.

وكيفية اليمين المشار إليها في الآية هي:

ـ أن يقول الزوج: أشهد بالله لزنَتْ، يقول هذا في الرؤية ونفي الحمل أربع مرات، أو يقول في رؤية الزنا أشهد بالله لرأيتها تزني وفي نفي الحمل يقول: أشهد بالله ما هذا الحمل مني. ولا يشترط زيادة: «الذي لا إله إلا هو» بعد «أشهد بالله»، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين.

ـ ثم تحلف الزوجة فتقول: أشهد بالله ما زنيت، أو ما رآني أزني تقول ذلك في الأربع الأولى، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين.

٥ ـ وحضور جماعة للعان، هذا هو الشرط الأخير فلا بدّ للعان أن تحضره جماعة لا تقلّ عن أربعة شهداء عدول، وذلك كما قال الصاوي: «لأن اللعان شعيرة من شعائر الإسلام وخصلة من خصاله، ومن خصوصياته، فكان أقل ما تظهر به تلك الشعيرة أربعة عدول. ويلاعن المسلم وجوباً في المسجد للتغليظ عليه»[1].

والأصل في اللعان قوله تعالى: ﴿وَالذين يرْمُونَ أَزْوَاجهم وَلَم يَكُنْ لَّهُمْ شُهَدَاءُ إلا أَنفُسُهم فشهادَةُ أحدِهم أربعَ شهادَات باللَّهِ إنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِين وَالخَامسَةُ أن لَّعْنَةُ اللَّهِ عليهِ إن كانَ من الكَـٰذبينَ ويَدْرأُ عنهَا العذاب أن تَشْهَد أربعَ شهاداتٍ باللَّهِ إنه لمن الْكَاذِبينَ والخامسَةُ أن غَضِبَ الله عَلَيْها إن كَانَ من الصَّادِقينَ﴾[2].

وسبب نزول هذه الآيات كما في الموطإ والصحيحين عن سهل بن سعد السلعدي: «أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟

(١) الشرح الصغير ٢/٦٦٤ ـ ٦٦٦.

(٢) النور ٦ ـ ٧ ـ ٨ ـ ٩.

سَلْ لي يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها. حتى كَبُر على عاصم ما سمع من رسول الله ﷺ».

ثم إن عُوَيْمراً: «أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيتَ رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد أنزل فيك وفي صاحبتك، فاذهب فائتِ بها» قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً، قبل أن يأمره رسول الله ﷺ.

قال مالك: قال ابن شهاب: «وكانت بعدُ سنة المتلاعنيْن»[1].

وفي رواية للشيخين: «فتلاعنا في المسجد»[2].

وفي رواية للشيخين من حديث ابن عمر: «فأنزل الله تعالى هؤلاء الآيات من سورة النور فتلاهنّ عليه ووعظه وذكره..» «ثم دعاها فوعظها...» قال: «فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين» ثم فرق بينهما. ثم قال: «الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟» ثلاثا وفي لفظ: «لا سبيل لك عليها»[3].

قال ابن دقيق العيد: «والحديث يدل على أن سؤاله سبب نزول الآية» قال: «ولا شك أن لفظ الحديث والكتاب العزيز يقتضي تعيين لفظ الشهادة وذلك يقتضي أن لا تبدل بغيرها» والحديث يقتضي أيضاً البداءة بالرجل

---

(١) الموطأ ٢/٥٦٦ - ٥٦٧، وصحيح البخاري ٥/٢٠١٤، وصحيح مسلم ٢/١١٢٩ - ١١٣٠.

(٢) صحيح البخاري ١/١٦٣، وصحيح مسلم ٢/١١٣٠.

(٣) إحكام الأحكام ٤/٦٥ - ٦٦.

وكذلك لفظ الكتاب العزيز لقوله تعالى: ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ فإن الدرء يقتضي سبب وجود العذاب عليها. وذلك بلعان الزوج، واختصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة إليها على تقدير وقوعه، لما فيه من تلويث الفراش والتعرّض لإلحاق مَن ليس من الزوج به».

قال: «وقوله عليه السلام: «لا سبيل لك عليها»: يمكن أن يؤخذ منه وقوع التفريق بينهما باللعان، لعموم قوله: «لا سبيل لك عليها» ويحتمل أن يكون «لا سبيل لك عليها» راجعاً إلى المال»[1].

وعليه فإن لعان الزوجين معاً يتوقف عليه أربعة أحكام: الفراق بمجرد التعانهما معاً، فلا يتوقف على حكم حاكم، وتأبيد التحريم[2]، لما في الموطإ قال مالك: «السنّة عندنا أن المتلاعنين: لا يتناكحان أبداً، وإن أكذب نفسه جُلد الحدّ، وألحق به الولد ولم ترجع إليه أبداً، وعلى هذا السنّة عندنا التي لا شك فيها ولا اختلاف»[3]. وسقوط الحدّ عن الزوجين، ونفي النسب، أي عدم لحوق الولد. فإن نكل الزوج حُدّ حَدَّ القذف ولحق به الولد، وإن نكلت الزوجة حُدّت حدّ الزنى وانتفى الولد عن الزوج[4].

وبه قال الثلاثة، إلا أن أبا حنيفة قال: إذا تلاعنا فرّق القاضي بينهما وكانت الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: تحريم مؤبد». قاله في الكتاب قال: «فإن عاد الزوج فأكذب نفسه حدّه القاضي، وحلّ له أن يتزوجها»[5] اهـ.

* * *

---

(١) المرجع السابق ٤/٦٦ ـ ٦٧.

(٢) شرح زروق على الرسالة ٢/٧٩.

(٣) الموطأ ٢/٥٦٨.

(٤) شرح زروق على الرسالة ٢/٧٩.

(٥) مغني المحتاج ٣/٣٨٠، والروض المربع ٢/٣١٤، واللباب ٣/٧٥ ـ ٧٨.



بَابُ العِدَّة



العِدَّةُ سَبَبُها مَوتُ الزَّوجِ أو طلاقُهُ المدخولَ بها. وهي للحاملِ : وضعُ حملِها كلِّه، ولو عَلَقَةً.

ولغيرِهَا في الوفاةِ: أربعةُ أشهرٍ وعشرٌ للحرّةِ، وَشَهْرانِ وخَمسُ ليالٍ للأمةِ إن لَّم تكن رِيبة. ولِلمطلَّقةِ فيمَن لم تحضْ لصِغَرٍ أو كِبَر أو عادةٍ ولو أمةً ثلاثةُ أشهُرٍ، والحرَّةُ تحيضُ: ثلاثَةُ أقْراءٍ، وهي الأطْهارُ، ولِلأمةِ قرْآن ولو طَال الأمَدُ.

فإن تأخَّر الحيْضُ لغير رضاعٍ ولا مَرضٍ تربَّصَتْ سنةً ثم حلَّتْ، إلا إذا ظَهرَتْ بها ريبة حملٍ فتمكُثُ إلى أقصى أمدِه وهَلْ هُو خمسةُ أعْوامٍ أو أربعةٌ خلافٌ.

* * *

العدّة مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد من الأقراء أو الأشهر غالباً[1].

وهي في الشرع اسم لمدة تتربص بها المرأة عن الزواج بعد وفاة

(١) مغني المحتاج ٣/٣٨٤.

زوجها أو فراقه لها، إما بالولادة أو بالأقراء أو بالأشهر. نقله العيني عن ابن بطال[1].

وهذا قريب مما ذكر المصنف بقوله: «سببها موت الزوج أو طلاقه المدخول بها». وهذا التعريف أدق لإخراجه المطلقة قبل البناء. فالمتوفى عنها زوجها تعتدّ مطلقاً، دخل الزوج بها أم لا، بل ولو كان الزوج صبياً. أما المطلقة فإنما تعتدّ إذا كان الزوج بالغاً ودخل بها وهي مطيقة، أو خلا بها خلوة اهتداء وهو غير مجبوب، وليس معهما مَن يصرفهما عن الوطء[2]. والأصل في ذلك ما في مصنف عبد الرزاق: «أن عمر وعلياً قالا: إذا أُرخيت الستور وغلقت الأبواب فقد وجب الصداق، قال الحسن: ولها المهر وعليها العدّة»[3].

وأنواع العدّة أربعة:

١ ـ عدة الحامل وهي: وضع حملها كله، ولو كان الحمل عَلَقة، والعلقة: دم جامد غليظ إذا صبّ عليه الماء الحار لم يذب، وسواء كانت الحامل مطلّقة أو متوفى عنها زوجها، لقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[4]، ولما أخرجه مالك والبخاري: «أن سُبيعة الأسلمية نَفِست بعد وفاة زوجها بليال فقال لها رسول الله ﷺ: «قد حللت فانكحي مَن شئت»[5].

وأخرج الجماعة ـ إلا أبا داود ـ مثله، وفيه: «فمكثت قريباً من عشر ليال، ثم نفست»[6]. وهو عمل أهل المدينة قال مالك: «وهذا الأمر الذي

---

(١) عمدة القاري ٢٠/٣٠٣.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٤/١٩٩.
(٣) المصنف ٦/٢٨٥.
(٤) الطلاق ٤.
(٥) الموطأ ٢/٥٩٠ وصحيح البخاري ٥/٢٠٣٧.
(٦) نيل الأوطار ٧/٨٥.

لم يزل عليه أهل العلم عندنا»[1] وهذا يؤكد أنها لا تنتظر أبعد الأجلين.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، إلا أنهم لا تنقضي العدّة عندهم بالعلقة، فالشافعي تنقضي عنده بالمضغة فما فوق، وأحمد تنقضي عنده بما تبين فيه خلق إنسان ولو خفياً، ونحوه لأبي حنيفة[2].

٢ ـ عدّة المتوفى عنها غير الحامل: أربعة أشهر وعشرة أيام للحرّة، وشهران وخمسة أيام للأمة، إن لم تكن للكبيرة المدخول بها ريبة، فإن حصلت لها ريبة واستمرت فتنتظر الحرة لأقصى أمد الحمل الآتي ذكره، والأمة تنتظر نصفه.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[3].

وفي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار كانا يقولان: عدّة الأمة إذا هلـك عنها زوجهـا شهران وخمس ليال»[4]. وبه قال الثلاثة[5].

وقد تقدم أن الرجعية كالزوجة، فإذا توفي زوجها قبل انقضاء عدّتها اعتدّت عدّة الوفاة، وعلى ذلك الإجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا أن مَن طلّق زوجته طلاقاً يمتلك فيه رجعتها، ثم توفي قبل انقضاء العدّة أن عليها عدة الوفاة وترثه»[6].

---

(١) الموطأ ٢/٥٩٠.

(٢) اللباب ٣/٨٠، ومغني المحتاج ٣/٣٨٨ ـ ٣٨٩، والروض المربع ٢/٣١٦، ورحمة الأمة ص ٣١٤.

(٣) البقرة (٢٣٢).

(٤) الموطأ ٢/٥٩٣.

(٥) اللباب ٨١، ومغني المحتاج ٣/٣٩٥، والروض المربع ٢/٣١٦.

(٦) الإجماع لابن المنذر ص ٨٧.

٣ ـ عدّة المطلّقة غير الحامل إن كانت ممّن لم يحض، لصغر أو كبر أو عادة ـ ولو أمة ـ ثلاثة أشهر، وتكمل الشهر المنكسر من الرابع ثلاثين يوماً.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ واللاّئي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أشْهُرٍ وَاللاَّئي لَمْ يَحِضْنَ ﴾[1].

وبه قال الثلاثة في الحرّة. أما الأمة فعدّتها شهر ونصف عند أبي حنيفة وشهران عند أحمد، وللشافعي ثلاثة أقوال فيها: أحدها يوافق أبا حنيفة وبه صدر في المنهاج، والثاني يوافق أحمد والثالث يوافق مالكاً[2].

٤ ـ عدّة الحرة المطلّقة التي تحيض: ثلاثة أقراء، لقوله تعالى: ﴿ والْمُطلقاتُ يتربَّصْنَ بِأنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾[3] أما الأمة فعدّتها قرآن.

والأقراء: جمع قرء، وهو الطهر الذي بين الحيضتين قالت عائشة: «إنما الأقراء الأطهار». أخرجه مالك في الموطإ[4]. فتحل الحرة للأزوج بأول الحيضة الثالثة إن طلقت بطهر، وبأول الرابعة إن طلقت بكحيض[5].

وبه قال الشافعي، وفسّر أبو حنيفة القرء بالحيضة فقال: الأقراء هي الحِيَض، فعدّة التي تحيض ـ ثلاث حيض عنده للحرة، وحيضتان للأمة. كما فسره أحمد بذلك[6].

أما المطلّقة قبل البناء فلا عدّة لها لقوله تعالى: ﴿ يَأَيُّها الذِينَ آمَنُوا إذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[7].

---

(١) الطلاق (٤).
(٢) اللباب ٣/٨٠، ومغني المحتاج ٣/٣٨٦، والروض المربع ٢/٣١٧.
(٣) البقرة: ٢٢٨.
(٤) الموطأ ٢/٥٧٧.
(٥) التاج والإكليل ٤/١٤٥.
(٦) اللباب ٣/٨٠ ومغني المحتاج ٣/٣٨٤ ـ ٣٨٦، والروض المربع ٢/٣١٧.
(٧) الأحزاب (٤٩).

وقوله: ﴿ فإن تأخر الحيض لغير رضاع ولا مرض.. ﴾ إلخ. يعني أن التي تعتدّ بالأقراء إذا تأخر عنها الحيض لغير رضاع أو مرض تتربص سنة كاملة، ولو أمة، ثم تحلّ للأزواج.

ومثلها المستحاضة التي استمر عليها الدم، ولم تميز بين الحيض والاستحاضة فإن عدّتها سنة لما في الموطإ: «عن سعيد بن المسيب أنه قال: عـدّة المستحاضة سنة»[1].

أما كون التي تأخر عنها الحيض لغير رضاع أو مرض ـ تتربص سنة فالأصل فيه عمل أهل المدينة. قال مالك في الموطإ: «الأمر عندنا في المطلّقة التي ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها أنها تنتظر تسعة أشهر، فإن لم تحض فيهنّ اعتدّت ثلاثة أشهر، فإن حاضت قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض، فإن مرّت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدّت ثلاثة أشهر. فإن حاضت الثانية قبل أن تستكمل الأشهر الثلاثة استقبلت الحيض.

فإن مرّت بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدّت ثلاثة أشهر. فإن حاضت الثالثة كانت قد استكملت عدّة الحيض، فإن لم تحض استقبلت ثلاثة أشهر، ثم حلّت، ولزوجها عليها في ذلك الرجعة قبل أن تحلّ، إلا أن يكون قد بتّ طلاقها»[2].

قال الباجي: قوله: ﴿ في المطلقة ترفعها حيضتها ﴾ يريد أن تنقطع عنها فلا ترى دم حيض، فإن حكمها أن تقعد تسعة أشهر استبراء لما طرأ عليها من الريبة بارتفاع الحيض، فإن لم تحض فيها اعتدّت بعدها بثلاثة أشهر، لأنها قد فارقت حكم المحيض فاعتدّت بالشهور»[3].

ومعنى هذا كله أن السنة التي تقضيها بين الاستبراء والعدّة، لا بدّ أن تكون بيضاء فإن تخللها الحيض عادت لعدّة الأقراء، فإن انقطع عنها عادت للشهور،

---

(١) الموطأ ٢/ ٥٨٣. (٢) المرجع السابق. (٣) المنتقى ٤/ ١١٠.

وهكذا حتى تنقضي عدّتها بأقرب الأجَلين: السنة البيضاء، أو الثلاثة الأقراء.

أما إن ظهرت بها ريبة فشكَّت في حملها فإنها تمكث في العدّة إلى أقصى أمد الحمل وهو خمسة أعوام أو أربعة خلاف.

وإن أتت معتدة من وفاة أو طلاق بعد عدة الأشهر أو الأقراء بولد لدون أقصى أمد الحمل الآنف الذكر لحق بالميت أو المطلق إلا أن ينفيه بلعان[1].

فإن مضت المدة المذكورة وزادت الريبة مكثت حتى ترتفع[2].

تنبيه: لزوجة المفقود في أرض الإسلام أن ترفع أمرها للوالي والقاضي، فإن لم يوجد منهما واحد رفعت أمرها لجماعة المسلمين. فيُؤجَّل للحر المفقود أربع سنين، ويُؤجّلُ للعبد نصفها: سنتان، بعد العجز عن خبره إن دامت نفقتها من مال المفقود، فإذا تم الأجل دخلت في عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشر، ولا نفقة لها في زمن العدّة وعليها الإحداد.

فإن جاء المفقود أو لم يجيء وتبين أنه حي بعد أن تزوجت بآخر فإنها تعودُ للأول إن لم يدخل بها الثاني غير عالم بمجيئه أو حياته. وأولى إذا قدم قبل العقد[3]

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتدّ أربعة أشهر وعشراً ثم تحلّ، قال مالك: وإن تزوجت بعد انقضاء عدّتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها، قال مالك: وذلك الأمر عندنا»[4].

ومشهور المذهب هو ما تقدم من أنها لا تفوت على الأول إلا بدخول

---

(١) جواهر الإكليل ١/ ٣٨٧.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/ ٦٨١.

(٣) الشرح الصغير ٢/ ٦٩٣ ـ ٦٩٦. (٤) الموطأ ٢/ ٥٧٥.

الثاني بها غير عالم.. قال الزرقاني معقباً على ما ذكر مالك في الموطإ: «رجع مالك عن هذا قبل موته بعام، وقال: لا يفيتها على الأول إلا دخول الثاني غير عالم بحياته كذات الوليين، وأخذ به ابن القاسم وأشهب وقال في الكافي: وهو الأصح من طريق الأثر، لأنها مسألة قلدنا فيها عمر، وليست مسألة نظر»[(١)] اهـ.

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه: «عن سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة أن رجلاً انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليّه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد، فإذا انقضت عدّتها تزوجت، فإن جاء زوجها خُيّر بين امرأته والصداق». ومثله في مصنف عبد الرزاق وسنن الدارقطني[(٢)].

وبه قال الشافعي في القديم، أي أن المفقود في أرض الإسلام يؤجل له أربعة أعوام ثم تعتدّ زوجته عدّة الوفاة كما تقدم عن مالك.

وقال في الجديد، وهو الأصح عنه: لا يفرّق بين المفقود وزوجته حتى يثبت موته أو طلاقه لها، سواء كان مفقوداً في أرض الإسلام أو غيرها، وهو قول أبي حنيفة[(٣)].

واستدلّا بحديث المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله ﷺ: «امرأة المفقود: امرأته حتى يأتيها البيان». أخرجه الدارقطني، وضُعِّف[(٤)].

وعن علي رضي الله عنه أنه قال في زوجة المفقود: «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق»[(٥)].

ومَن نُعي لها زوجها فاعتدّت وتزوجت ثم قدم زوجها الأول أو تبين أنه حيّ فإنها لا تفوت عليه بدخول الثاني بها ـ غير عالم ـ ولو ولدت الأولاد[(٦)].

---

(١) شرح الزرقاني على الموطإ ٣/٢٠٠.
(٢) نصب الراية للزيلعي ٣/٤٧١ ـ ٤٧٣.
(٣) المهذب ٢/١٤٦، والهداية ٢/ ١٨٠ ـ ١٨١.
(٤) نصب الراية ٣/٤٧٣.
(٥) نصب الراية ٣/٤٧٣.
(٦) الشرح الصغير ٢/٦٩٦.

وزوجة الأسير الذي أسره الحربيون وذهبوا به إلى بلادهم، وزوجة المفقود في أرض الشرك ـ تبقيان في عصمتهما إلى تمام مدّة التعمير إن دامت نفقتهما، وإلا فلهما الطلاق. وإذا ثبت لهما الطلاق بذلك فبخشية الزنا أولى، لأن ضرر ترك الوطء أشد من ضرر عدم النفقة. . لأن النفقة يمكن الحصول عليها بتسلف أو سؤال، بخلاف الوطء. قاله عق، وسلمه البناني بالسكوت. وتعقبه الرهوني فقال: ليس لهما الطلاق إذا تضررتا بترك الوطء ولو خشيتا الزنا، لأن الزوج قد يكون مريضاً أو معتقلاً، ومرضه واعتقاله يرفع عنه كونه متعدياً في ترك الوطء بإجماع[1].

ومدة التعمير سبعون سنة على الراجح، واختار القابسي وابن أبي زيد أن تكون ثمانين سنة وحُكِم بخمس وسبعين وبه قضى ابن زرب. وروي عن مالك وابن الماجشون أنها تسعون، وعن أشهب وابن الماجشون أيضاً أنها مائة، وكل ذلك من يوم الولادة[2].

وإن اختلف الشهود في سن الأسير والمفقود فيحكم بشهادة الأقل من السنين لأنه هو الأحوط، وتجوز شهادتهم على التخمين للضرورة وعندئذ يحلف الوارث على البت أن ما شهدوا به حق[3].

وقال أحمد: إذا كانت غيبة المفقود ظاهرها السلامة كسفره لتجارة في غير مهلكة ـ فلا يفرق بينه وبين زوجته حتى يثبت موته حسبما تقدم عن الشافعي وأبي حنيفة إلا إذا مضت عليه مدة التعمير أي مضت على فقده، وقيل إن المعتبر مضيها على يوم ولادته.

ومدة التعمير عنده تسعون سنة من يوم الولادة وهي رواية عن أبي حنيفة وروي عن أبي حنيفة مائة وعشرون وروي أيضاً عنه أنها تقدر بموت أقرانه[4].

أما إذا كان ظاهر غيبة المفقود الهلاك كالذي يفقد بين صفي القتال

---

(١) شرح الزرقاني لخليل ٤/٢١٦ وحاشية الرهوني ٤/١٩٠.

(٢) المرجع السابق والشرح الكبير ٢/٤٨٠ ـ ٤٨٢.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) الهداية ٢/١٨٠ ـ ١٨١، والمغني ٧/٤٨٨ ـ ٤٩٣.

فقال أحمد: يؤجل له أربع سنين وتعتدّ زوجته عدّة الوفاة، كما تقدم عن مالك في المفقود في أرض الإسلام. قال: وإذا قدم قبل دخول زوج بزوجته فهو أحق بها بدون شيء، وإن قدم بعد الدخول بها خيّر بينها وبين صداقها، يعطيه له زوجها الثاني[1]. واستدل بأثر عمر المتقدم. وفيه: «خُيّر بين امرأته وصداقها».

وتقدم أن إمامنا مالكاً لا يخيّر المفقود بين زوجته وبين صداقها، بل إنها تفوت عليه بمجرد دخول الثاني بها. قال في الموطإ: «وأدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر بن الخطاب، أنه قال: يخيّر زوجها الأول إذا جاء في صداقها أو في امرأته»[2].

ومذهبنا أن المفقود في معترك القتال بين المسلمين تعتدّ زوجته عدّة الوفاة من يوم التقاء الصفين وقيل من انفصالهما، هذا إذا شهدت بينة بحضوره صف القتال، وإلا فكالمفقود في أرض الإسلام الذي تقدم ذكره.

ويُورث ماله حين شروع زوجته في العدّة. أما المفقود بين صفّي المسلمين والكفّار فتعتدّ زوجته عدّة الوفاة بعد سنة من النظر في شأنه بالسؤال والتفتيش عنه حتى يغلب على الظن عدم حياته ويورث ماله حينئذٍ[3].

* * *

<u>ويَجِبُ عَلى المتوَفّى عنها زوجُها الإحدَادُ في عدَّتِها، بتركِ زينةٍ وحَلي وَطِيب، وما يُعدُّ زينةً من الثياب، ولا تكتَحِلُ إلا من ضرورَةٍ ولْتَمسَحْهُ في النهار، ولا تَختَضِبُ وَلاَ تَضَعُ على رَأسِهَا مَا فيه طِيبٌ ولو كَوَرْدٍ وحِنَّاء، ويجوزُ الادِّهانُ بمَا لاَ طِيبَ فيه.</u>

* * *

---

(1) المرجع السابق.

(2) الموطأ ٢/٥٧٦.

(3) الشرح الصغير ٢/٦٩٩.

يعني أن المرأة المتوفى عنها زوجها يجب عليها الإحداد في مدة عدّتها بخلاف المعتدّة من طلاق فلا حداد عليها. والإحداد: هو لبس ثياب الحزن وترك الزينة، يقال أحَدَّت المرأة تحِدُّ إحداداً فهي مُحِدٌّ، وحدّت تَحُد وتَحِد فهي حادٌّ: إذا حزنت ولبست لباس الحزن[1]، وبذلك فسره المصنِّف بقوله: «بترك زينة وحليٍّ وطيب» وكذلك العمل في الطيب تتركه لأنه يعلق بها.

وتترك كل لباس يعتبر زينة كالثوب المصبوغ إلا إذا كان أسود ولم يكن زينة قومها، وتترك كل حلي من خلخال وغيره.

ولا تكتحل إلا من ضرورة فتكتحل وإن بكحل فيه طيب وعليها وجوباً أن تمسحه نهاراً.

ولا يجوز لها أن تختضب بحِناء ولا كَتم ولا غيرهما.

والكَتَمُ بالتحريك: نبت يخلط بالوسمة يصبغ به. قاله في الصحاح[2]. ومعلوم أنه يسود الشعر. ولا تمشط رأسها بطيب، ولا تضعه عليه.

ولو كان الطيب كورد وخِيري (بكسر الخاء: بعدها مثناة تحتية) نبت له رائحة بالليل دون النهار قال الشاعر في معناه:

«عجبت من الخِيريِّ إذ فاح في الدُّجا فأصبح رَيَّاناً وفي الصبح يحجب
فخلت الريا من طبعه فكأنَّه فقيه يُرائي وهو بالليل يشرب»[3]

بخلاف نحو الزيت والسدر وكل دهن لا طيب فيه فجائز لها.

والأصل في ذلك كله ما في الموطإ والصحيحين من حديث زينب بنت أبي سلمة عن زينب بنت جحش قالت: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا

(١) النهاية ١/٣٥٢.
(٢) الصحاح ٥/٢٠١٩.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٤/٢١١.

يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تـحُـد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا»[1].

وأخرج مالك عن أُم سلمة، قالت: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقـالت: يا رسـول الله إن ابنتي توفي عنهـا زوجها وقـد اشتكت عينيهـا أفتكحلهما؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا» مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول: «لا» ثم قال: «إنما هي أربعة أشهر وعشراً، وقد كانت إحداكنّ في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول». قـال حميد بن نافع: فقلت لزينب[2]: وما ترمي بالبعرة على رأس الحول؟ فقالت زينب: كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حِفشاً ولبست شرّ ثيابها، ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة، ثم تُؤتى بدابة: حمار أو شاة أو طير فتفتضُّ به، فقلما تفتضُّ بشيء إلا مات، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تُراجع بعدُ ما شاءت من طيب أو غيره».

قال مالك: والحِفش: البيت الرديء، وتفتضُّ: تمسح به جلدهـا كالنشرة»[3]. وأخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما مع اختلاف يسير في بعض الألفاظ[4].

قال ابن دقيق العيد: «يجوز في قولها اشتكت عينها» وجهان: أحدهما بضم النون على الفاعلية على أن تكون العين هي المشتكية. والثاني فتحها ويكون المستتر في اشتكت ضمير الفاعل وهي المرأة وقد رجح هذا، ووقع في بعض الروايات عيناها.

وقولها: «أفتكحُلها» بضم الحاء وقوله عليه السلام: «لا» يقتضي المنع

---

(١) الموطأ ٢/٥٩٧، ونيل الأوطار ٧/٩٢ ـ ٩٣.
(٢) يعني ابنة أبي سلمة وهي التي روت الحديث عن أُمها.
(٣) الموطأ ٢/٥٩٧ ـ ٥٩٨.
(٤) إحكام الأحكام ٤/٦٣.

من الكحل للحاجة، وإطلاقه يقتضي أن لا فرق بين حالة الحاجة وغيرها، إلا أنهم استثنوا حالة الحاجة. وقد جاء في حديث آخر: «تجعله بالليل وتمسحه بالنهار»[1].

والحديث الذي أشار إليه أخرجه مالك، ففي الموطإ: «وحدثني عن مالك: أنه بلغه أن أم سلمة زوج النبي ﷺ قالت لامرأة حاد على زوجها، اشتكت عينيها فبلغ ذلك منها: اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار».

وحدثتني عن مالك أنه بلغه عن سالم وسليمان بن يسار أنهما كانا يقولان في المرأة يتوفى عنها زوجها: أنها إذا خشيت على بصرها من رمد أو شكو أصابها: إنها تكتحل وتتداوى بدواء أو كحل وإن كان فيه طيب. قال مالك: وإذا كانت الضرورة، فإن دين الله يسر»[2].

ولا خلاف بين الأئمة في وجوب إحداد المتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة، أما مَن لم تبلغ فعندنا ـ كما تقدم ـ أنها تُحِد، وعلى وليها إلزامها بما يجب للإحداد.

وبه قال الشافعي وأحمد، أما أبو حنيفة فقال: إنها لا تحد[3].

ولم يختلفوا أيضاً في أن الرجعية غير المتوفى عنها زوجها لا إحداد عليها لأنها زوجة. أما المطلقة طلاقاً بائناً فلا يجب الإحداد عليها عندنا، وبه قال أحمد والشافعي في أحد قوليه وهو قوله في الجديد، وقال أبو حنيفة يجب عليها الإحداد[4].

* * *

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الموطأ ٢/٥٩٨ ـ ٥٩٩.

(٣) مغني المحتاج ٣/٣٩٨، والروض المربع ٢/٣١٩، والهداية ٢/٣١.

(٤) المراجع السابقة والمنتقى ٤/١٤٥.

وللمطلَّقةِ السُّكنى، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ من بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ الآية. وأمَّا المتوفَّى عنها فلها السّكنى إن كان المَسْكنُ له، وإلا فبقدر ما نقد من كِرَائِه.

ولا يَجوزُ للْمُعْتَدَّة مُطلَقاً الخُروجُ من مَسكِنها ـ ولَو لزِيَارةٍ أو تعْزِيَةٍ إلَّا لِحَوَائِجها الضَّروريّة في النّهارِ وَطَرفيهِ، ومنهُ السَّعيُ لِتحْصِيل قوتِها ولو بالخِدْمةِ، والله أعلم.

* * *

يعني أن للمعتدة المطلقة السكنى في المحل الذي كانت فيه عند زوجها، سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً بينونة صغرى أو كبرى، وسواء كان المسكن للزوج أم لا نقد كراءه أم لم ينقده.

لعموم الآية التي ذكر المصنف: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ من بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾[1].

والفاحشة المذكورة في الآية: فسِّرت بالزنى، وبكل معصية، وفسرت ببذاءة اللسان، وبالخروج عن البيت في العدّة..

وعلى هذا التفسير الأخير يكون معنى الآية: «لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ شرعاً، إلا أن يخرجن تعدياً»[2]. وإذا كان للبائن السكنى فإنها لا نفقة لها عندنا إلا إذا كانت حاملاً.

وعلى ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك إنه سمع ابن شهاب يقول: المبتوتة لا تخرج من بيتها حتى تحل، وليست لها نفقة، إلا أن تكون حاملاً فينفق عليها حتى تضع حملها. قال مالك: وهذا الأمر عندنا»[3].

(١) الطلاق (١).
(٢) تفسير القرطبي ١٨/١٥٦.
(٣) الموطأ ٢/٥٨١.

ويه قال الشافعي[1].

وقال أحمد: لا سكنى لها ولا نفقة إلا إذا كانت حبلى[2]. واحتجّ بما رواه مسلم أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثاً وأمرها رسول الله ﷺ أن تعتدّ عند ابن أُم مكتوم[3]. وفي رواية أخرى أنه ﷺ قال لها: «لا نفقة لك ولا سكنى»[4].

وقد أجاب العلماء عن هذا الحديث إجابات متعددة رواها أبو داود في سننه. فقالت عائشة: «كانت فاطمة في مكان وحش فخيفَ عليها، فرخصّ لها رسول الله ﷺ في الانتقال». وقال سعيد بن المسيب: «إنما نقلت عن بيت أحمائها لطول لسانها». وروي أنه قال: «تلك امرأة استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها عليه الصلاة والسلام أن تنتقل»[5].

وقال أبو حنيفة: للبائن النفقة والسكنى[6]، لما في صحيح مسلم أن عمر بن الخطاب قال: «لا نترك كتاب الله وسنّة نبينا ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة، قال الله عز وجل: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ من بُيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مُبَيِّنَةٍ﴾[7].

وقوله: «وأما المتوفى عنها. .» إلخ يعني أن المتوفى عنها زوجها يجب لها السكنى بشرطين: أحدهما: أن يكون الزوج قد دخل بها، وثانيهما: أن يكون المسكن للزوج نفسه، أو لغيره ونقد كراءه، وإلا فلا سكنى لها[8].

---

(١) مغني المحتاج ٤٠١/٣.

(٢) الروض المربع ٢٢٣/٢.

(٣) صحيح مسلم ١١١٥/٢ - ١١١٦.

(٤) المرجع السابق.

(٥) مختصر سنن أبي داود ١٩٦/٣.

(٦) الهداية ٤٤/٢.

(٧) صحيح مسلم ١١١٩/٢.

(٨) التاج والإكليل ١٦٢/٤.

والأصل في ذلك: حديث الفريعة بنت مالك بن سنان، فقد توفي زوجها وأتت النبي ﷺ تريد أن تسكن مع أهلها فقال لها رسول الله ﷺ: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله». قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً. قالت: فلما كان عثمان بن عفان أرسل إليّ فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به». أخرجه مالك وأصحاب السنن، وصححه الترمذي[1].

قال الباجي: «فإذا كان الزوج يملك رقبة المسكن فإن للزوجة العدّة فيه، وعليه أكثر الفقهاء: مالك وأبو حنيفة والشافعي والأوزاعي والثوري وغيرهم. وبه قال عمر وعثمان وابن عمـر وابن مسعود وزيد بن ثابت وأم سلمـة، وروي عن ابن عباس وعـائشة وجـابر بن عبـد الله: تعتدّ حيث شاءت»[2] اهـ.

وقال أحمد: لا سكنى لها مطلقاً[3]. واحتج بحديث فاطمة بنت قيس الآنف الذكر.

وقوله: «ولا يجوز للمعتدّة مطلقاً الخروج..» إلخ يعني أن المعتدّة من وفاة أو طلاق رجعي أو بائن ـ لا يجوز لها الخروج من مسكنها إلا لعذر لا يمكنها المقام معه بمسكنها، كخوف جار سوء أو سقوط مسكن. أما حوائجها الضرورية ـ ومنها تحصيل قوتها ـ فلا بأس أن تخرج لها في النهار، وفي طرفيه قرب الفجر، وعقب الغروب إلى مغيب الشفق[4].

قال اللخمي: «قال مالك: لا بأس أن تخرج قبل الفجر، وأرى أن يحتاط للأنساب، فتؤخر خروجها لطلوع الشمس وتأتي حين غروبها». نقله محمد عليش عن اللخمي وقال: (قال) «بعضهم: كلام اللخمي هو اللائق بعرف هذا الزمان. فالمدار على الوقت الذي ينتشر فيه الناس لئلا يطمع فيها أهل الفساد»[5].

---

(١) الموطأ ٢/ ٥٩١، ومختصر سنن أبي داود ٣/ ١٩٨ ـ ١٩٩.

(٢) المنتقى ٤/ ١٣٤.

(٣) الروض المربع ٢/ ٣٢٤.

(٤) منح الجليل ٢/ ٣٩٦.

(٥) المرجع السابق.

والأصل في ذلك الآية المتقدمة: «لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن..» وحديث جابر بن عبد الله، قال: «طلقتْ خالتي، فأرادت أن تجدّ نخلها فزجرها رجل أن تخرج فأتت النبي ﷺ فقال: «بلى فجدي نخلك، فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفاً».

أخرجه مسلم في باب خروج المعتدّة البائن والمتوفى عنها زوجها ـ في النهار[1].

قال عياض: «حجة لمالك في أن المعتدّة تخرج نهاراً، وإنما تلزم البيت في الليل، كانت رجعية أو بائناً». نقله الأبي وقال: «واحتج أبو داود على أنها تخرج نهاراً بالحديث كاحتجاجنا، لأن الجداذ عرفاً وشرعاً إنما هو بالنهار لنهيه ﷺ عن الجداذ ليلاً»[2].

وقال أبو حنيفة: لا تخرج المطلقة الرجعية والمبتوتة من بيتها ليلاً ولا نهاراً. أما المتوفى عنها زوجها فتخرج نهاراً وبعض الليل، ولا تبيت إلا في منزلها[3].

وقال الشافعي: تخرج البائن والمتوفى عنها لحوائجها نهاراً أما الرجعية فلا تخرج ليلاً ولا نهاراً[4].

وقال أحمد: لا تخرج الرجعية ولا المتوفى عنها من بيت زوجيهما، ولهما الخروج نهاراً لحوائجهما. أما البائن فتعتدّ في بيت مأمون من البلد حيث شاءت، ولا تبيت إلا به ولا تسافر[5].

* * *

(١) صحيح مسلم ١١٢١/٢.
(٢) إكمال الإكمال ١٢٩/٤.
(٣) الهداية ٣٢/٢.
(٤) مغني المحتاج ٤٠٣/٣.
(٥) الروض المربع ٣٢٠/٢.

فَصْل في الإستبراء



سَبَبُ الاستبراء في الأَمةِ حصولُ الملك إن أقرَّ مالِكُها الأوَّلُ بوَطئِها، أوْ كانت عَليَّةً. وفي غيرها إرادةُ المشـتـري وطأها، إن لَّم تكن زوجة له، ولمْ تحْرُم عليه في المُسْتَقْبلِ كأُختِه مِنَ الرّضاعةِ، ولم تعلم براءتُها كمودَعةٍ عند المشتري فحاضت عندَه، إن لم يتَّصِل بها سيدُها ولم يكْثُر خروجُها.

* * *

«الاستبراء: مشتق من التبرؤ، وهو التخلص، ثم استعمل لغـة في الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض، وفي الشرع في الكشف عن حـال الأرحام عنـد انتقال الأمـلاك، مراعـاة لحفظ الأنساب. قـاله في التوضيح». نقله الحطاب[1].

وعرفه ابن عرفة فقال: «مدة دليل براءة الرحم، لا لرفع عصمة أو طلاق». قال: «فتخرج العدّة ويدخل استبراء الحرّة ولو للعان. والموروثة، لأنه للملك لا لذات الموت»[2].

---

(١) مواهب الجليل ٤/١٦٦ - ١٦٧.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٢١٧.

وقول المصنف: «سبب الاستبراء في الأمة حصول الملك..» إلخ يعني أن السبب في وجوب استبراء الأمة المنقول ملكها ـ أن يقر مالكها الأول أنه وطئها ولم يستبرئها، هذا إذا كانت وَخْشاً بفتح الواو وسكون الخاء بعدهما شين معجمة، وهي: الأمة التي لا تراد إلا للخدمة، فلا يرغب في وطئها لقبحها. أما الأمة العلية فيجب استبراؤها ولو لم يقرّ مالكها الأول بوطئها وهي البارعة في الجمال، ومن شأنها أن تتخذ للفراش.

فيجب استبراء الامتين المذكورتين، وتوضعان عند امرأة أمينة مدة استبرائهما[1].

وقوله: «وفي غيرها إرادة المشتري وطأها..» إلخ يعني أن سبب الاستبراء في غير من أقرّ المالك الأول بوطئها وغير الأمة العلية ـ هو إرادة المشتري وطأها فإذا أراد المشتري أو غيره ممّن يملك أمة بأي وجه شرعي ـ أن يتسرى بها وجب عليه استبراؤها بشروط أربعة:

١ ـ أن لا تكون زوجة له فينتقل ملكها له بهبة أو شراء.

٢ ـ أن لا يكون وطؤها محرماً عليه في المستقبل كأُخته من الرضاعة أو بنت زوجته أو أُمها وأحرى أُخته من النسب، فلا تستبرأ لعدم جواز وطئها.

٣ ـ أن لا تعلم براءتها، فإن علمت لم تستبرأ كمودعة ومرهونة عند المشتري فتحيض عنده، ولم تخرج ولم يدخل عليها سيدها.

٤ ـ أن تكون الأُمة مطيقة للوطء، فإن لم تكن مطيقة فلا استبراء لها كبنت خمس سنين، أما إن كانت مطيقة ولو صغيرة أو كبيرة يائسة لا تحملان عادة فلا بدّ من استبرائهما ولو كان المالك الأول صبياً أو امرأة[2].

---

(١) منح الجليل ٢/٤١٢ ـ ٤١٣.

(٢) المرجع السابق.

والأصل في وجوب استبراء الأمة ما أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وصححه: «عن أبي سعيد أن النبي ﷺ قال في سبي أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة»[1].

قال الخطابي: «فيه دليل على أن استحداث الملك يوجب الاستبراء في الإماء، فلا توطأ ثيب ولا عذراء حتى تستبرأ بحيضة». قال: «وسواء كانت الأمة مشتراة من رجل أو امرأة، لأن العموم يأتي على ذلك أجمع»[2].

وعن رويفع بن ثابت الأنصاري أن النبي ﷺ قال: «لا يحلّ لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره». أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه، ولفظه: «مَن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقِ ماءه ولد غيره».

قال: «والعمل على هذا عند أهل العلم، لا يرون للرجل إذا اشترى جارية وهي حامل - أن يطأها حتى تضع»[3].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[4].

* * *

وسَببُه في الحرَّةِ والأمة وطءٌ بزنىً أو غصْب أو غلط بشبهَة نكاحٍ أو مُلكٍ. فاستبراءُ الحرةِ كعِدَّتِها المتقدِّمَةِ، واستبرَاءُ الأمةِ بحيْضةٍ ولو وقع موجِبُ استبرائِها في أول حيضتِها كفتْ. ولا يجوزُ لِسيِّدٍ تزويجُ موطوءةٍ ولا بيعُها إلا بعدَ استبرائِها. وتكفِي

(١) تلخيص الحبير ١٧١/١ - ١٧٢، ونيل الأوطار ١٠٨/٧ - ١٠٩.

(٢) معالم السنن ٢٢٥/٣.

(٣) مختصر سنن أبي داود ٧٥/٣ - ٧٦، وسنن الترمذي ٢٩٩/٢.

(٤) الهداية ٨٨/٤، ومغني المحتاج ٤٠٨/٣، والروض المربع ٣٢٠/٢.

الحيضَةُ التي لم يَطأ بعدَها. وإذا توافق مَع المشتري على حَيضةٍ كفَتْ. فبَعدَها له بيعُها وللمُشتري وطؤُهَا.

* * *

يعني أن سبب الاستبراء في الحرّة: وطؤها بزنى أو شبهة نكاح، كنكاح من تحرم بنسب أو رضاع، أو وطؤها بغصب أو غلط. وهذا أيضاً سبب في استبراء الأمة.

غير أن استبراء الحرّة كعدّتها المتقدم تفصيلها في باب العدّة. قال عق: «وقد استثنوا من ذلك استبراءها لإقامة الحدّ عليها في الزنا أو الردّة، واستبراءها الذي يعتمد عليه الملاعن فإنه بحيضة في هذه الثلاث ونظمها عليّ الأجهوري بقوله:

الحُـرَّة استبـراؤهـا كـالعـدّة لا فـي لـعـان أو زنـاً أو ردَّة
فـإنـهـا فـي كـلٍّ ذا تـسْـتَبْـرَا بِحيضَـةٍ فقط وُقِيـتَ الـضَّـرَّا»[1]

أما الأمة فاستبراؤها من الزنا وغيره من أسباب استبرائهـا المتقدم ذكرها ـ يكون بحيضة واحدة، وإذا طرأ عليها موجب الاستبراء وهي في أول الحيضة كفت تلك الحيضة، أما إذا طرأ عليها الموجب بعد مضي أكثرها، فلا بدّ من حيضة أخرى.

فإن تأخر حيضها عن عادتها ـ ولو لمرض أو رضاع فاستبراؤها: ثلاثة أشهر ومثلها المستحاضة التي لم تميز بين الحيض وغيره. وكذلك الصغيرة واليائسة، فاستبراء كلٍّ منهما ثلاثة أشهر. أما الحامل فاستبراؤها بوضع حملها كله[2].

وبه قال الثلاثة إلا في استبراء مَن لم ترَ الحيض كالصغيرة واليائسة فإن

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٢٠٣/٤.
(٢) الشرح الصغير ٧٠٥/٢ ـ ٧٠٦.

استبراءها عندهم يكون بشهر واحد، قالوا: لقيام شهر مقام حيضة في العدة. وللشافعي قول بأن استبراءها يكون بثلاثة أشهر كما قال مالك[1].

وقوله: «ولا يجوز لسيد تزويج موطوءة.. الخ» يعني أن السيد يحرم عليه تزويج أمة وطئها قبل أن يستبرئها، وكذلك يحرم عليه بيعها قبل الاستبراء.

ويكفي لاستبرائها أن تحيض عنده حيضة لم يطأها بعدها. فعندئذ يجوز له بيعها وتزويجها لغيره بلا استبراء للأمن من حملها منه.

وقوله: «وإذا توافق مع المشترى.. إلخ» يعني أن بائع الأمة الموطوءة ومشتريها إذا اتفقا على استبراء واحد جاز ذلك، بأن يضعاها قبل عقد الشراء عند أمين حتى تحيض، فهذا يكفي من استبراء البائع، ويكفي من استبراء المشتري فيجوز له وطؤها اعتماداً على ذلك الاستبراء[2].

ويحرم على مالك الأمة وطؤها وقُبلتها وغيرهما من أنواع الاستمتاع زمن الاستبراء سواء كانت مشتراة أو مهداة أو مسبية حاملاً أو غير حامل، للحديثين الآنفي الذكر: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة». و«لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره». فظاهر الحديثين أن النهي مستمر حتى تنتهي مدة الاستبراء، كما أن الوطء يشمل مقدماته. والحديثان واردان في المسبية وهذا يفيد أن المسبية كغيرها لا يجوز الاستمتاع منها بوطء ولا بمقدماته قبل الاستبراء.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد في أصح روايتيه.

وروايته الأخرى أن المسبيـة يجوز الاستمتاع بما دون الوطء منها قبل الاستبراء وهو الصحيح من قولي الشافعي[3].

---

(١) الهداية ٤/٨٩، والروض المربع ٢/٣٢٠، ومغني المحتاج ٣/٤١١.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٤/٢٢٧.

(٣) الهداية ٤/٨٨، ومغني المحتاج ٣/٤١٢، والمغني ٧/٥١٠ـ ٥١١.

لما رواه ابن أبي شيبة عن ابن عمر قال: «وقعت في سهمي جارية من سبي جَلولاء، فنظرت إليها فإذا عنقها مثل إبريق الفضة، فلم أتمالك أن وقعت عليها فقبلتها والناس ينظرون، ولم ينكر عليَّ أحد». قاله في التلخيص[1].

وهو في مصنف ابن أبي شيبة نفسه بهذا الفظ: «عن أيوب اللخمي قال: وقعت لابن عمر جارية يوم جَلُوْلاء في سهمه، كأن في عنقها إبريق فضة، فلم يتمالك أن جعل يقبلها والناس ينظرون»[2].

فرواية المصنف نفسه فيها: «فلم يتمالك أن جعل يقبلها».

والرواية التي في التلخيص عنه: «فلم أتمالك أن وقعت عليها فقبلتها» ولا شك أن رواية المصنف نفسه أنسب للمعنى، والله أعلم.

وجَلُولاء بفتح الجيم وضم اللام والمد: بلدة بينها وبين بغداد نحو مرحلة، كانت بها غزاة للمسلمين في زمن عمر بن الخطاب، غنموا من الفرس سبايا وغيرهنّ.. قالوا: وكانت جلولاء تسمى فتح الفتوح، بلغت غنائمها نحو ثمانية آلاف ألف. قاله النووي[3].

* * *

---

(١) تلخيص الحبير ٤/٣.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٤/٢٢٧ ـ ٢٢٨.

(٣) تهذيب الأسماء واللغات ٣/٥٩.

بَابُ الرَّضَاع



يَحرُم مِن الرَّضاعِ ما يحرُم من النسب والصِّهارةِ كبنت أخٍ وزَوْجَةِ ابنٍ منَ الرَّضاعِ، وإنما يُحَرِّمُ لَبَنُ امرأةٍ وَلَوْ صغيرةً لا تحمل في العادَةِ وَصَل منهُ للجوف في الحَولينِ وَزيادةِ شهرينِ إن لم يُفطَم ويَسْتغنِ عن اللبنِ أيَّاماً ولو قلَّت.

فتقدَّرُ صاحبةُ اللبنِ أمّاً للرضِيع وفحلُها أباً من وطئِهِ لانقطاعِه ولو نشأ مِن غيرِه ونَكحها في زَمَنِه، فمَن وَلداهُ قبل الرضاعِ وبعدَه، أو أرضعته قبلها أو بعده أو إحدى زوجاتِ الفحلِ - إخوة له.

* * *

الرَّضاع بالفتح: مصدر من رضِع الصبي أُمه يرضَعها رَضاعاً، مثل: سمِع يسمَع سَماعاً. قاله الجوهري، قال: «وأهل نجد يقولون: رضَع يرضِع رضْعاً، مثل: ضرَب يضرِب ضرْباً».

وأنشد لهذا المعنى الأخير قول الشاعر:

«وذموا لنا الدُّنيا وَهُم يَرضِعونها أفاويقَ حتَّى لاَ يَدِرَّ لها ثُعل»(١)

(١) الصحاح ١٢٢٠/٣ والثُعل بضم الثاء: خلف زائد في أخلاف الناقة، وفي ضرع الشاة. المرجع السابق ١٦٤٦/٤.

قوله: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. .» هذا حديث متفق عليه، وتقدم تخريجه والإحالة إليه في مصدره، كما تقدم الكلام على من يحرم من النسب والصهر والرضاع، وذلك في الفصل الخاص بمن يحرم بنسب أو صهارة أو رضاع.

وذكر المصنف ذلك هنا ليرتب عليه أحكام الرضاع فقال: «وإنما يحرم لبن امرأة ولو صغيرة. .» إلخ يعني أنه لا يعتبر في الرضاع إلا لبن المرأة ولو صغيرة لا تحمل عادة، بل ولو لم توطأ.[1] فيُحرِّم منه ما وصل إلى جوف الرضيع ولو عن طريق أنفه، قليلاً كان أو كثيراً، سواء كان وحده أو مخلوطاً بغيره من طعام أو شراب لم يغلبا عليه غلبة لم تبق له طعماً. إذا لم يزد عمر الرضيع على حولين وشهرين، إلا أن يفطم ويستغني عن الرضاع أياماً ولو قلت.

ففي المدونة: «قال مالك: الرضاع حولان وشهر أو شهران بعد ذلك»[2] وفيها أن الصبي إذا فصل قبل الحولين وانقطع رضاعه واستغنى عن الرضاع لا يكون إرضاعه بعد ذلك معتبراً في التحريم[3].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[4] وقوله ﷺ: «فإنما الرضاعة من المجاعة». متفق عليه من حديث عائشة[5].

وفي الموطإ عن عبد الله بن عباس أنه كان يقول: «ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم»[6].

---

(١) المنتقى ٤/١٥٠.
(٢) المدونة ٢/٤٠٧ ـ ٤٠٨ مطبعة السعادة.
(٣) المرجع السابق.
(٤) البقرة ٢٣٣.
(٥) صحيح البخاري ٥/١٩٦١، وصحيح مسلم ٢/١٠٧٨.
(٦) الموطأ ٢/٦٠٢.

وأخرج البيهقي: «عن عميرو بن دينار، قال: سئل ابن عمر رضي الله عنه عن شيء من أمر الرضاع فقال: لا أعلم إلا أن الله قد حرّم الأخت من الرضاعة فقلت: إن أمير المؤمنين ابن الزبير يقول: لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ولا المصة ولا المصتان فقال ابن عمر رضي الله عنه: قضاء الله خير منك ومن قضاء أمير المؤمنين معك».

وفي رواية أخرى من أثر عمرو بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما: «كتاب الله عزّ وجلّ أصدق من أمير المؤمنين: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم﴾ قرأ حتى بلغ: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾»[1].

وأخرج عبد الرزاق: أن عطاء قال: «يُحرِّم منها ما قلّ وما كثر، قال: وقال ابن عمر لما بلغه عن ابن الزبير أنه يأثر عن عائشة في الرضاع أنها قالت لا يحرم منها دون سبع رضعات، قال: الله خير من عائشة قال الله تعالى: ﴿وأخواتكم من الرضاعة﴾ ولم يقل رضعة ولا رضعتين»[2].

فإطلاق الرضاع في الآية والأحاديث الصحاح ـ يُشعر بأن التحريم يقع بالقليل والكثير منه، وتؤيده الآثار التي ذكرنا آنفاً.

وبه قال أبو حنيفة، إلا أن مدة الرضاع عنده ثلاثون شهراً، وقال صاحباه: أبو يوسف ومحمد: مدته سنتان، وقولهما هنا هو الأصح عند الحنفية[3].

وقال الشافعي وأحمد في الأصح عنه: لا يحرم أقل من خمس رضعات في الحولين[4]. لحديث عائشة قالت: «كان فيما أنزل من القرآن عشر

(١) السنن الكبرى ٧/٤٥٨.
(٢) المصنف ٧/٤٦٦.
(٣) اللباب ٣/٣١.
(٤) نهاية المحتاج ٧/١٧٦، والمبدع في شرح المقنع ٨/١٦٦ ـ ١٦٧.

رضعــات معلومـات يُحَــرمن، ثم نسخن بخمس معلومــات، فتــوفي رسول الله ﷺ وهو فيما يقرأ من القرآن» أخرجه مالك وقال: «وليس على هذا العمل»(١). وأخرجه مسلم في باب التحريم بخمس رضعات»(٢).

وعقب ابن العربي في قبسه على هذا الحديث فقال: «إن عائشة أحالت في الحديث بالعشر والخمس على القـرآن، وأخبرت أن هـاتين الآيتين بالعشر والخمس كانتا منه، ثم نسخت إحداهما وثبتت الأخرى، والقرآن لا يثبت بمثل هذا، وإنما يثبت القرآن بنقل التواتر عن التواتر، فإذا سقط الأصل سقط فرعه، ولو أحالت بذلـك حديثـاً عن النبي ﷺ للزم قبوله»(٣) اهـ.

وقال في أحكام القرآن: «وأما حديث عائشة فهو أضعف الأدلة، لأنها قالت: كان مما نزل من القرآن، ولم يثبت أصله، فكيف يثبت فرعه؟.

وأما حديث الإملاجة فمعناه كان من المص والجذب مما لم يدرّ معه لبن ويصل إلى الجوف»(٤) اهـ.

وسواء كان الوطء مستنداً إلى نكاح صحيح أو فاسد أو لم يستند إلى أيّ شيء كالزنا ـ فإن لبنه محرِّم من قبل الرجل والمرأة على الأصح(٥). وهذا ما جعل المصنف يعبر بكلمة: «وفحلها» ليشمل لبن كل واطىء مهما كان وطؤه.

وسواء كان منشأ اللبن من الواطىء أو من غيره، كأن يتزوجها وهي مرضعة فإن من أرضعت بعد وطئه يكون ابناً له وللأول، ولو تعدد الأزواج كان ابناً للجميع(٦).

وقوله: «فمن ولداه قبل الرضاع وبعده..» إلخ يعني أن كل من ولدته

---

(١) الموطأ ٢/٦٠٨.
(٢) صحيح مسلم ٢/١٠٧٥.
(٣) القبس على موطإ الإمام مالـك بن أنس ٢/٩١٢ تحقيق وتعليق الدكتـور محمد عبد الله بن كريم الموريتاني رسالته على الدكتوراه سنة ١٤٠٦.
(٤) أحكام القرآن ١/٣٧٤.
(٥) حاشية البناني على الزرقاني ٤/٢٤١.
(٦) شرح الزرقاني على خليل ٤/٢٤١.

المـرضعة وفحلها يكون أخاً أو أختاً للرضيع المذكور سواء ولدته قبل رضاعه أو بعده، وكذلك إذا ولدته زوجة أخرى من زوجات الفحل يكون الرضيع أخاً أو أختاً لأولادها.

قال أبو عمر: «إذا أرضعت المرأة مولوداً في الحولين صار ابنها وابن مَن أرضعته بلبنه، ولا يحلّ لذلك المولود أن ينكح امرأة من بنات أُمه التي أرضعته ولا بنات زوجها أو سيدها، لأنه أبوه بذلك الرضاع..» قال: «ولا يحل له أن ينكح امرأة من بنات زوجها من غيرها، كما لا يحل له بناتها منه ولا من غيره، وولد الولد وإن سفَل ذلك بمنزلة الولد»[1] اهـ.

والأصل في ذلك الآيـة المتقدمـة: ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ فسماهم الله أُمهات وأخوات من أجل الرضاعة.

أما لبن الفحل فالأصل في تحريمه ما أخرجه مالِك والشيخان من حديث عائشة قالت: «جاء عمي من الرضاعة يستأذن عليَّ فأبيت أن آذن له عليَّ حتى أسأل رسول الله ﷺ عن ذلك، فجاء رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فقال: «إنه عمك فأذني له». قالت: فقلت: يا رسول الله: إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال: «إنه عمك فليلج عليك». قالت عائشة: وذلك بعدما ضرب علينا الحجاب»[2].

وبه قال الثلاثة، فهم متفقون على أن لبن الفحل ينشر التحريم إن كان من نكاح[3]، أما إذا كان من زنى فالجمهور على أنه لا يحرم[4]. وتقدم أن الأصح عند مالك أنه يحرم، وله قول آخر أنه لا يُحرم، وعليه اقتصر ابن عبد البر في الكافي[5].

---

(١) الكافي ٢/٥٤٠.

(٢) الموطأ ٢/٦٠١ - ٦٠٢، وصحيح البخاري ٥/١٩٦٢، وصحيح مسلم ٢/١٠٦٩.

(٣) الهداية ١/٢٢٤، ومغني المحتاج ٣/٤١٨ - ٤١٩، والروض المربع ٢/٣٢١.

(٤) المرجعان السابقان وبدائع الصنائع: ٤/٤.

(٥) الكافي ٢/٥٤٠.

ويستثنى من عموم الحديث: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» نساء ذكرهن خليل وابن دقيق العيد[1] وغيرهما، قال خليل: «إلا أُم أخيك وأُختك، وأُم ولد ولدك، وجدة ولدك، وأُخت ولدك وأُم عمك وعمتك، وأُم خالك وخالتك، فقد لا يحرمن من الرضاع»[2].

فإذا أرضعت أجنبية أخاك أو أُختك ـ فإنها لا تحرم عليك، بخلاف أُمهما من النسب فإنها إما أُمك أو زوجة أبيك، وكلتاهما حرام بالنص كما تقدم، ويقال نحو ذلك في البواقي.

وقوله: «فقد لا يحرمن من الرضاع»: يقتضي أنهن قد يحرمن منه لعارض، حيث كان هناك رضاع أو نسب محرِّم بينهن وبين المعني نفسه.

* * *

ويثبتُ الرضاعُ بشهادة رجُلٍ مع امرأةٍ وبامرأتين إن فشا ممن ذُكِر قبل العقدِ، وبعدلين أو بعدلٍ وامرأتين مطلقاً، لا بامرأةٍ إلا إن فشا من أُم صغير أو مُجبرَةٍ. ونُدبَ التنزُّهُ فيما لا يثبُت به الرضاع.

* * *

يعني أن الرضاع الذي هو من شأن النساء يثبت بشهادة رجل مع امرأة واحدة، وبشهادة امرأتين، إن فشا ذلك قبل العقد في المسألتين. ولا تُشترَط العدالة مع الفشو على المشهور، وهو قول ابن رشد، وعزاه لابن القاسم[3]،

(١) إحكام الأحكام ٤/٧٩.

(٢) مختصر خليل ص ١٦٢ ـ ١٦٣.

(٣) الشرح الصغير ٢/٧٢٦.

ومقابله قول اللخمي أن العدالة تُشترط مع الفشو، وهو قول قوي أيضاً[1]. ولهذا الخلاف تردد خليل فقال: «وهل تُشترط العدالة مع الفشوّ تردد»[2].

والأصل في اشتراط الفشو فيما ذكر ما في المدونة: «أرأيت لو أن امرأتين شهدتا على رضاع رجل وامرأته أيُفَرَّقُ بينهما في قول مالك؟ قال: قال مالك: نعم؛ يُفرق بينهما إذا كان ذلك قد فشا وعُرف من قولهما قبل هذا. قلت: أرأيت إن كان لم يَفْشُ ذلك من قولهما؟ قال: قال مالك: لا أرى أن يُقبل قولهما إذا لم يفشُ ذلك من قولهما قبل النكاح عند الأهلين والجيران. قلت: أرأيتَ إن كانت المرأتان اللتان شهدتا على الرضاع أُم الزوج وأُم المرأة؟ قال: لا يقبل قولهما إلا أن يكون قد عُرف ذلك في قولهما وفشا قبل النكاح. قلت: فهؤلاء والأجنبيات سواء في قول مالك؟ قال: نعم، ذلك رأيي»[3].

ويثبت الرضاع بشهادة رجلين عدلين وبشهادة عدل وامرأتين عدلتين مطلقاً، أي دون اشتراط الفشو لقوله تعالى: ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجالِكُمْ فَإِن لَّم يَكُونَا رَجُلَينِ فَرَجُلٌ وامرأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[4].

ومعنى: «ممّن ترضون من الشهداء» أن يكون الشهود عدولاً مرضيين. وفي ذلك دليل على أن العدالة شرط في الشاهد رجلاً كان أو امرأة.

أما المرأة الواحدة فلا يثبت بها الرضاع ولو فشا ذلك من قولها قبل النكاح، إلا إذا كانت أُمّ صغير أو أُم مجبرة ولو كبيرة فيثبت بها الرضاع مع الفشوّ قبل العقد. أي إرضاعها لمن أرضعت مع الصغير والمجبرة. وعندئذٍ يجب التنزّه ولا يصحّ العقد معه، هذا ما اعتمده المصنف تبعاً لصاحب

---

(١) منح الجليل ٢/٤٢٩.

(٢) مختصر خليل ص ١٦٣.

(٣) المدونة الكبرى ٢/٢٩١.

(٤) البقرة ٢٨١.

الأصل في شرحيه: الصغير والكبير[1].

لكن الرهوني قال: إن الأُم كغيرها؛ لا تقبل شهادتها وحدها في الرضاع على الراجح. فبعد أن استعرض كلام القائلين بقبول شهادتها وحدها، وكلام القائلين بأنّها كالأجنبية لا تقبل شهادتها وحدها ـ قال: «فتحصل أن الأم كالأجنبية وإن لم ترجع عن قولها»[2] اهـ.

أما شهادة أبي الصغير والمجبرة فلا خلاف في قبولها من كلا الجانبين قبل النكاح. قال خليل: «وإقرار الأبوين مقبول قبل النكاح لا بعده، كقول أبي أحدهما»[3]. قال الدرير: «فإنه يقبل قبل النكاح لا بعده. بأن يقول: رضع ابني مع فلانة أو ابنتي مع فلان». قال: «وإذا قبِلا أو أحدهما قبل عقد النكاح وأراد النكاح بعد ذلك لا يقبل منه بعد ذلك أنه أراد الاعتذار بأن يقول: إنما فعلته لعدم إرادة النكاح، وإن حصل عقد فسخ». انتهى منه مع بعض ألفاظ خليل[4].

قلت: وفي المذهب قول بقبول شهادة امرأة واحدة مطلقاً، سواء كانت أماً أو أجنبية فيثبت بها الرضاع إن كانت عدلة وفشا قولها قبل عقد النكاح، وهذا القول اعتمده العلاّمة سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم في نوازله ونظمها الشيخ محمد العاقب بن ما يأبى فقال:

«وَيُثبتُ الرضاعَ قولُ امرَأةٍ واحدةٍ إن شَاعَ قبل الخِطبة
وبعدها مَعْ تهمةٍ لا يُسمع كمَن على كِذْبِ الحَدِيثِ تُطبَع[5]

وهذا القول يؤيده حديث عقبة بن الحارث قال: «أتيت النبي ﷺ

---

(١) الشرح الصغير ٢/٧٢٧، والشرح الكبير، وحاشية الدسوقي عليه ٢/٥٠٧.
(٢) حاشية الرهوني ٤/٢٢١.
(٣) مختصر خليل ص ١٦٣.
(٤) الشرح الكبير ٢/٥٠٧.
(٥) مرجع المشكلات ص ٤٨ ـ ٤٩.

فقلت: تزوجت فلانة بنت فلان فجاءتنا امرأة سوداءُ فقالت لي إني قد أرضعتكما وهي كاذبة، فأعرض عني، فأتيته من قِبَلِ وَجهه، قلت: إنها كاذبة، قال: «كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما؟ دعها عنك». أخرجه البخاري[1].

وبه قال أحمد، قال الخرقي: «إذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح إن كانت مرضية»[2]. اهـ.

وقال الشافعي: يثبت الرضاع بشهادة أربع نسوة أو رجلين أو رجل وامرأتين.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت بشهادة النساء بمفردهن؛ إنما يثبت برجلين أو رجل وامرأتين[3].

وقوله: «وندب التنزه..» إلخ يعني أن الرضاع إذا شهد به مَن لا تقبل شهادته، أي لا يثبت الرضاع بشهادته كرجل وامرأة أو امرأتين من غير فشو فيهما، أو شهدت به امرأة مع الفشو على القول بعدم قبول شهادتها أو شهد به رجل غير أب ـ فإن التنزّه أي التخلّي عن الزوجة أو المخطوبة مندوب، اتقاء للشبهة[4]، لما في الصحيحين من حديث النعمان بن بشير: «فمَن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه»[5].

* * *

(١) صحيح البخاري ١٩٦٢/٥.

(٢) المغني ٥٥٨/٧.

(٣) مغني المحتاج ٤٢٤/٣، واللباب ٣٦/٣.

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٧٢٧/٢.

(٥) صحيح البخاري ٢٨/١، وصحيح مسلم ١٢٢٠/٣.



بَابُ في النفقَات



يَجِبُ عَلى البالغِ المُوسِرِ - الإنفاقُ على زَوجَتِه إن دَخل بِها، أو دَعتْه لِلدُّخولِ، هي أو وَلِيُّهَا مُطِيقةً لِلوطءِ.

وكذلك الكِسْوة والمَسكنُ - بِحسبِ العادَةِ، ويُراعَى سعتُه وحَالُها.

* * *

يعني أن الزوج البالغ الموسر يجب عليه نفقة زوجته وكسوتها ومسكنها - إن دخل بها ومكّنته بعد الدخول، أو دعته هي أو مجبرها للدخول والحال أنها مطيقة للوطء ولو لم يطأها، هذا إذا كان قد مضى عليهما زمن يتجهز فيه كلٌّ منهما للدخول عادة.

وقوله: «بحسب العادة..» إلخ يعني أن النفقة والمسكن والكسوة تكون بحسب العادة الجارية بين أهل بلد الزوجين في القوت والإدام واللباس والمسكن وما إلى ذلك، وبقدر يُسْر الزوج وعسره، وبقدر حال الزوجة من غنى وفقر ورفعة وضعة[1]..

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِما فَضَّلَ

(١) منح الجليل ٢/٤٣١.

اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بعضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾[1].

قال ابن العربي: من ذلك: «بذله لها المال في الصداق والنفقة»[2].

وقال تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾[3].

قال القرطبي: «لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير، على قدر وسعه حتى يوسع عليهما إذا كان مُوَسَّعاً عليه، ومن كان فقيراً فعلى قدر ذلك فتقدر النفقة بحسب الحالة من المنفِق والحاجةِ من المنفق عليه، بالاجتهاد على مجرى العادة»[4] اهـ.

وقال تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[5].

ومن المعروف أن يُسكن الزوجة في مسكن يليق بها لتستتر به عن العيون وتحفظ فيه متاعها، وتطيب لها وله فيه المعاشرة.

ومن المعروف أيضاً أن يفرض لها من أدوات الزينة ما تحتاج إليه من مشط ومكحلة وغيرهما مما هو مستعمل في البلد.

وفي الصحيحين من حديث عائشة أن النبي ﷺ قال لهند امرأة أبي سفيان: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[6].

وفي صحيح مسلم من حديث جابر أن النبي ﷺ قال في خطبته بحجة الوداع: «ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف»[7].

---

(١) النساء ٣٤.
(٢) أحكام القرآن ١/٤١٦.
(٣) الطلاق ٧.
(٤) تفسي القرطبي ١٨/١٧٠.
(٥) النساء ١٩.
(٦) نيل الأوطار ٧/١٣١.
(٧) صحيح مسلم ٢/٨٩٠.

فهذان الحديثان وتلك الآيات تدل على وجوب نفقة الزوجة وكسوتها ومسكنها بحسب العادة وحسب يُسْر الزوج وحال المرأة. وبه قال أبو حنيفة وأحمد[1].

وقال الشافعي: لا يُراعى في النفقة إلا حال الزوج، فعليه قدر محدد إن كان موسراً، وعليه نصفه إن كان معسراً أو متوسطاً، أما الكسوة والمسكن فقال: ينظر فيهما أيضاً إلى حال المرأة. انظر التفاصيل في مغني المحتاج وغيره[2].

واستدل بالآية الآنفة الذكر: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِن سَعَتِهِ، وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾.

تنبيه: «إذا أعسر الزوج وعجز عن نفقة زوجته فلها الخيار في الفسخ بطلقة رجعية، والبقاء معه بدون نفقة منه.

فإذا اختارت الطلاق رفعت أمرها إلى القاضي فيتلوم باجتهاده بعد إثبات عسره على المشهور، ورُوي في التلوم شهر، وروي فيه ثلاثة أيام، وقيل: يعجلّ عليه الفسخ بطلقة رجعية بلا تلوم[3].

وبه قال أحمد والشافعي في أحد قوليه، وقوله الآخر إنه يؤجل له ثلاثة أيام[4].

وقال أبو حنيفة: لا خيار للزوجة وإنما عليها البقاء مع الزوج، وتنتظر ميسرته[5]. لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾[6].

---

(١) اللباب ٣/٩٢، والمغني ٧/٥٦٤ - ٥٦٩.
(٢) مغني المحتاج ٣/٤٢٦ - ٤٣٢.
(٣) التاج والإكليل ٤/١٩٥.
(٤) المغني ٧/٥٧٣، ومغني المحتاج ٣/٤٤٢.
(٥) الهداية ٢/٤١.
(٦) البقرة ٢٨٠.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[1] ومن غير المعروف أن يمسكها بلا نفقة. وعلى ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول: إذا لم يجد الرجل ما ينفق على امرأته فرّق بينهما. قال مالك: وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا»[2].

وإذا علمت الزوجة قبل العقد أن الزوج معسر ولم ينفق عليها ـ فلا خيار لها، وكذلك إذا علمت قبل العقد أنه من السؤّال الطائفين بالأبواب، واستمر على ذلك، فلا خيار لها في الفسخ إذا لم ينفق عليها. لأنها ـ حُكماً ـ رضيت بعدم النفقة. قال خليل: «ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية وإن عبدين، لا إن علمت فقره، أو أنه من السُّؤّال إلا أن يتركه»[3].

أما النفقة الماضية فإنها كالدين يجب فيه انتظار المعسر للآية المتقدمة.

* * *

ويلزمه إخدامُ الشَّريفةِ، وعَزلُها عن قرابَتِه إن طَلبتْ كَغيرها إذا اشتَرَطتْ عليْهِ، وعلى مَن ليسَتْ أهلاً للإِخدامِ الطَّبخُ ونحوهُ بخلافِ الاِحتطابِ والغَزلِ. وَلهُ التَّمتُّعُ بِمَا تجَهزتْ بهِ مِن فِراشٍ وآنِيةٍ.

* * *

يعني أن الزوج يلزمه ـ إذا كان متسع الحال ـ أن يجعل تحت تصرف زوجته مَن يخدمها وإن بكراء ولو بأكثر من واحدة إن لم تَكْفِ ـ إن كانت

(١) البقرة ٢٢٩.
(٢) الموطأ ٢/٥٨٩.
(٣) مختصر خليل ص ١٦٥.

شريفة، أي من ذوات القدر، وكذلك إذا كان هو ذا غنى وقَدرٍ تُزْرِي به خدمة زوجته، فعليه إخدامها، وإذا كانت لها خادم واختارت خدمتها قضى لها بذلك، لأنها أطيب لنفسها. إلا إذا كان في خدمتها ضرر دنيوي أو أُخروي يلحق الزوج فلا يقضى لها بها، وعليه نفقة خادمها[1].

وبه قال الثلاثة، غير أنهم قالوا لا يقضى لها بأكثر من واحدة، وإن احتاجت لأكثر منها[2].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ومن عشرتها بالمعروف: إخدامها إن كانت أهلاً لذلك، وكان للزوج سعة.

وإذا طلبت أن تعزل عن أقارب الزوج في مسكن مستقل ـ قُضي لها بذلك كما يقضى به لغير الشريفة إن اشترطته.

والأصل في ذلك حديث «لا ضرر ولا ضرار» أخرجه مالك مرسلاً، ووصله أحمد وابن ماجه عن ابن عباس[3].

وقوله: «وعلى مَن ليست أهلاً للإخدام الطبخ ونحوه. .» الخ يعني أن على الزوجة التي لم تكن أهلاً للإخدام ـ الخدمة الباطنة من طبخ وعجن وفرش واستقاء ماء جرت به العادة، بخلاف الاحتطاب والغزل ونحوهما مما هو من التكسب عادة فليس عليها.

وقوله: «وله التمتع بما تجهزت به. .» إلخ يعني أن للزوج أن يتمتع بما تجهزت به المرأة من متاع البيت، من فراش وغطاء وأواني ونحوها. .

فله أن يستعمل من ذلك ما يجوز استعماله، وله منع الزوجة من بيعه أو إعطائه.

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٤/٢٤٦ ـ ٢٤٧.
(٢) الهداية ٢/٤١، ومغني المحتاج ٣/٤٣٢ ـ ٤٣٣، والمغني ٧/٥٦٩.
(٣) الموطأ ٢/٧٤٥، وفيض القدير على الجامع الصغير ٦/٤٣١.

وظاهر هذا أن ذلك الأثاث على الزوجة لا على الزوج، وهو كذلك في حال قرب الزوجة من الزفاف، لأن عليها التجهيز من صداقها الذي قبضته قبل البناء على المشهور[1] قال خليل: «ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته إن سبق البناء»[2].

أما إذا طال عهد الزفاف فعلى الزوج أن يهيىء لها من ذلك ما لا غنى لها عنه[3].

قلت: والقول بعدم وجوب التجهيز عليها وإن كان مرجوحاً في المذهب جرى به العمل في كثير من البلاد الإسلامية، ويؤيده الأصل الصحيح وهو أن الصداق لزم لها مقابل البضع لا في مقابل أي شيء آخر.

قال تعالى: ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُم عَن شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً ﴾[4]. ومثل ذلك الأحاديث الصحاح التي تكررت في هذا الكتاب.

* * *

وَيُقْضَى بِدُخُولِ وَالِدَيْهَا عَلَيهَا كَكِبَارِ أَوْلَادِهَا كُلَّ جُمُعَةٍ والصِّغَارِ كُلَّ يَومٍ.

وتسقُطُ النَّفَقَةُ بِنُشُوزِهَا إن لَّم يَقْدِرْ عَلى رَدِّهَا، وَلَم تَكن ظَاهِرَةَ الحملِ وإلا فَلَهَا النَّفَقَةُ.

* * *

(١) مواهب الجليل ٤/١٨٥.

(٢) مختصر خليل ص ١٢٨.

(٣) التاج والإكليل ٤/١٨٣.

(٤) النساء ٤.

يعني أن للزوجة الحق في دخول أبويها عليها كل أسبوع، لما في ذلك من إدخال السرور وتجنب القطيعة التي نهى الله عنها. فيقضى لها بذلك إن امتنع الزوج، وإن اتهمهما بالإفساد عليه، بعث معهما أمينة، من جهته[1].

ويقضى لها أيضاً بدخول أولادها الكبار من غيره ـ كل جمعة، وبدخول أولادها الصغار من غيره كـل يوم. قال المتيطي: «وأما البنون الصغار الذين ليسوا مع أُمهم، فإنه يقضى لهم بالدخول على أُمهم كل يوم، وإن كانوا كباراً ففي كل جمعة» نقله المواق[2].

وقوله: «وتسقط النفقة بنشوزها. .» إلخ يعني أن نفقة الزوجة تسقط بنشوزها، والنشوز هنا فسره ابن شأس فقال: «ومنع الوطء والاستمتاع نشوز، والخروج بغير إذنه نشوز» نقله المواق[3].

ومحل كون خروجها بغير إذن الزوج ـ نشوزاً إذا لم يقدر على ردّها لمسكنها بنفسه ولا برسول ولا بحاكم منصف[4].

فإن قدر على ردّها وفرط في ذلك فلا تسقط نفقتها، كما أنها لا تسقط نفقتها إذا كانت ظاهرة الحمل، لأن النفقة لها من أجل الحمل، لا من أجل الزوجية؛ فالنشوز لا يسقطها.

قال المواق: «قال الأبهري وغيره: أجمعـوا على أن الناشز لا نفقة لها، قال الشيخ أبو إسحاق: إلا أن تكون حاملاً»[5].

وحكى ابن المنذر أيضاً الإجماع على ذلك. قال: «وأجمعوا على

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٤/٢٤٨.
(٢) التاج والإكليل ٤/١٨٥.
(٣) المرجع السابق ٤/٢٨٨.
(٤) منح الجليل ٢/٤٣٩.
(٥) التاج والإكليل ٤/١٨٨.

إسقاط النفقة عن زوج الناشز، وانفرد الحكم فقال: لها النفقة»[1].

وبه قال الثلاثة، إلا أن أبا حنيفة لا تعتبر عنده ناشزاً إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج، قال: «لأن الاحتباس قائم، والزوج يقدر على الوطء كرهاً»[2].

* * *

وَلِلْمُبانَةِ أُجرةُ الرَّضَاعِ وما تَجمَّدَ من النَّفَقَةِ في زمَنِ يُسْرِه، فلهَا المُطالَبَةُ في اليُسرِ لا في الإعسار.

* * *

يعني أن للمرضعة المطلقة طلاقاً بائناً ـ أجرة رضاع ولدها إن أرضعته، وهي أولى بإرضاعه وأحق بالأجرة من غيرها، إلا إذا طلبت أكثر من أُجرة المثل فللمطلّق أن يستأجر أخرى.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخرى ﴾[3].

وقوله: ﴿ وما تجمد من النفقة في زمن يسره.. ﴾ إلخ يعني أن للمطلقة المبانة ـ المطالبة بما لم تستلم من نفقتها في زمن يُسْر زوجها. أما ما كان من ذلك في زمن عسره فليس لها المطالبة به. لما تقدم أن لها الخيار في الفسخ والبقاء مع الزوج بلا نفقة إن أعسر عن النفقة.

ولا تطالبه في زمن عسره بما استحقت عليه في زمن يسره بل عليها أن

---

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٧٨.

(٢) الهداية ٢/٤٠، ونهاية المحتاج ٧/٢٠٢ ـ ٢٠٥، والمغني والشرح الكبير ٩/٢٨٢ ـ ٢٨٦.

(٣) الطلاق ٦.

تنتظر ميسرته لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾.

ولها الرجوع عليه بما أنفقت عليه في زمن العصمة وإن معسراً إن كان غير سرف بالنسبة له وللإنفاق، إلا إذا قصدت بذلك صلة الزوج، فإن أرادت به الرجوع أو لم ترد شيئاً رجعت عليه. وإلا فلا رجوع لها بأن أقرّت بعدم إرادة العوض أو شهد عليها بذلك.

* * *

وَيَجِبُ على المَالِكِ نفقَةُ رقِيقِه وَدَوابِّهِ وَيخرجُ ذَلك عَن مُلكه إن أضَرَّ في الإنفاقِ، أو كَرَّر التَّكليف بِما لَا يُطَاقُ. ويجوزُ أخذُ مَا لا يَضُرُّ بِالمَوْلُودِ مِن لَبَنِ الحيوانِ.

* * *

يعني أن نفقة الرقيق وكسوته تجبان على مالكه بالمعروف كما يجب على مالك الدواب نفقتها، ويجب عليه أن لا يكلف رقيقه ودوابه إلا بما تُطيق، فإن لم يفعل وتكرر ذلك منه بيعت عليه جبراً.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك ومسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف، ولا يكلَّف من العمل إلا ما يُطيق»[1].

وفي الصحيحين من حديث أبي ذر مرفوعاً: «هم إخوانكم وخولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليُطعمه مما يأكل وليُلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه»[2].

(١) الموطأ ٢/٩٨٠، وبلوغ المرام ص ٢٤٠.
(٢) نيل الأوطار ١٤٢/٧.

أما الأصل في وجوب نفقة الدواب وسقيها فهو ما رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «عُذِّبت امرأة في هرة سجنتها حتى ماتت، فدخلت فيها النار، لا هي أطعمتها وسقتها إذ حبستها، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض»[1].

وعن عبد الله بن جعفر «أن رسول الله ﷺ دخل حائطاً لرجل من الأنصار فإذا جمل، فلما رأى النبي ﷺ حنَّ وذرفت عيناه فأتاه النبي ﷺ فمسح ذِفراه فسكت، وقال: «مَن رب هذا الجمل؟ لمن هذا الجمل؟» فجاء فتى من الأنصار فقال: لي يا رسول الله، فقال: «أفلا تتقي الله في هذه البهيمة التي ملكك الله إياها؟ فإنه شكى إليّ أنك تُجيعُه وتدئبه». أخرجه أبو داود وسكت عنه، كما سكت عنه المنذري وقال: «وأخرجه مسلم وابن ماجه وليس في حديثهما قصة الجمل»[2].

قال الخطابي: «وقوله: «تدئبه» يريد: تكده وتتعبه»[3].

وقوله: «ويجوز أخذ ما لا يضر بالمولود..» إلخ يعني أن مالك الدابة يجوز له أن يأخذ من لبنها ما لا يضرّ بولدها، لاستغنائه عن اللبن، أو عن ما أخذ منه. فإن أخذ ما يضربه أثم، لأنه ترك الإنفاق الواجب، الذي تقدم دليل وجوبه.

وبهذا كله قال الثلاثة، إلا أن أبا حنيفة قال: إن مَن لم ينفق على دابته لا يجبر على بيعها أو ذبحها وإنما يؤمر بذلك من قبيل الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، قال: لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم[4].

* * *

وَيَجِبُ عَلى الحُرِّ الموسرِ الإنفاقُ على أبويهِ الفَقِيرَيْن

(١) نيل الأوطار ١٤٤/٧.

(٢) مختصر سنن أبي داود ٣٨٦/٣ - ٣٨٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١٤١/٢ - ١٤٢، والمغني ٦٣٤/٧ - ٦٣٥.

وخادمِهما، وزَوجَةِ الأبِ وخادمِها إن تأهَّلَتْ للإخدَامِ، وَعليه إعفَافُهُ بزوجَةٍ إن كَانَ لاَ زوجةَ لَهُ.

ويجب عَليهِ الإنفَاقُ على أولادِه الـذكور حتى يَبلغُـوا قادِرين على الكسبِ، وعلى بَناتِه حتى يَدخُلَ بهنَّ الأزواج.

* * *

يعني أن نفقة الوالدين المعسرين تجب في مال ولدهما الموسر ذكراً كان أو أنثى صغيراً كان أو كبيراً، ولو كان الوالدان كافرين والولد مسلم. وتجب نفقة خادمهما وزوجة الأب وخادمها، إن كانت أهلاً للإخدام، ويجب في مال الولد إعفاف الأب بزوجة واحدة إن لم تكن له زوجة، ولا يجب عندنا لجَدٍّ ولا جدَّةٍ ـ نفقة ولا كسوة مهما كانت الجدّة والجدّ. أي سواء كانا من قبل الأم أو الأب[1].

وقال الثلاثة: تجب نفقة الجدود والجدّات من كلا الجهتين وإن علوا واتفقوا مع مالك في المسائل الأخرى[2].

والأصل في وجوب الإنفاق على الوالدين من مال الولد الموسر ـ قوله تعالى: ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلاَ تُشرِكُوا به شَيْئاً وَبِالْوَالدَين إحْسَاناً ﴾[3] وقوله عزّ وجلّ: ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أن لاَ تَعْبُدُوا إلا إيَّاه وَبِالوَالِدَيْنِ إحْسَاناً. ﴾[4].

ومن الإحسان عليهما: نفقتهما وكسوتهما والإنفاق على خادمهما وإعفاف الأب.

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٤/٢٥٩ ـ ٢٦٠.
(٢) الإقناع في حل الفاظ أبي شجاع ٢/١٣٩ ـ ١٤٠، والمغني ٧/٥١٣/٥.
(٣) النساء ٣٦.
(٤) الإسراء ٢٣.

وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولدُه من كسبه».

أخرجه أصحاب السنن وحسنه الترمذي. وفي رواية لهم إلا الترمذي: «فكلوا من أموالهم»(١).

وعن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي. فقال: «أنت ومالك لأبيك» أخرجه ابن ماجه. قال المنذري: «ورجال إسناده ثقات»(٢).

وإذا تعدد الأولاد وُزِّعت نفقة الوالدين على الموسرين منهم حسب تفاوتهم في اليسر، فيكون الأيسر أكثر من غيره على ما شهره البرزلي. وقيل: توزع على الرؤوس، لا فرق بين الأكثر يسراً وغيره ولا بين الذكر والأنثى. وقيل: توزع حسب الإرث فيكون على الذكر مثل حظ الأنثيين(٣).

وقوله: «ويجب عليه الإنفاق على أولاده..» إلخ يعني أن الأب الحر يجب عليه فيما فضل عن قُوته وقوت زوجته إن كانت له زوجة ـ أن ينفق على ولده الحر الذكر المعسر حتى يبلغ قادراً على الكسب.

وعلى ابنته الحرة المعسرة حتى تتزوج ويدخل بها زوجها، أو يُدعى للدخول وهي مطيقة، كما تقدم.

ولا تجب على أم لولدها، ولا على جد وجدة لأولاد أولادهما ففي المدونة: «قلت: من تلزمني نفقته في قول مالك؟ قال: الولد: ولد الصلب دنية تلزمه نفقتهم، في الذكور حتى يحتلموا، فإذا احتلموا لم تلزمه نفقتهم، والنساء حتى يتزوجن ويدخل بهنّ أزواجهن، فإذا دخل بالبنت زوجها فلا نفقة

---

(١) مختصر سنن أبي داود ١٨٢/٥ ـ ١٨٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) مواهب الجليل ٢١٠/٤.

لها عليه، فإن طلقها بعد البناء بها أو مات عنها فلا نفقة لها على أبيها. .» ثم قال: «قلت: فولد الولد؟ فقال: لا نفقة لهم على جدّهم، وكذلك: لا تلزمهم النفقة على جدّهم، ولا يلزم المرأة النفقة على ولدها، وتلزمها النفقة على أبويها وإن كانت ذات زوج، وإن كره ذلك زوجها، كذلك قال مالك»[1].

وقال الشافعي: «يجب على الأصول الموسرين وإن علوا نفقة الأولاد وإن سفلوا، وذلك بثلاثة شروط: الفقر والصغر، أو الفقر والزمانة، أو الفقر والجنون. فلا تجب للبالغ السليم ذكراً كان أو أُنثى[2].

وقال أبو حنيفة وأحمد: يجب على الأصول الموسرين أن ينفقوا على أولادهم المعسرين وإن سفلوا، وكذلك العكس كما تقدم، فإن لم يوجد موسر من جهتي الأصل أو الفرع - وجب على مَن أيسر من قرابتهم أن ينفق عليهم الأقرب فالأقرب.

والقرابة المعنية عند أبي حنيفة هي كل ذي رحم محرم فيدخل في ذلك الإخوة والأعمام والخالات وغيرهم من كل مَن يحرم بالقرابة. أما القرابة المعنية عند أحمد فهي: كل مَن يرث بفرض أو بعصوبة، ويدخل في ذلك أبناء الأعمام[3].

والأصل في وجوب نفقة الأولاد على الأب قوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسوتُهُنَّ بِالْمعرُوفِ»[4].

قال القرطبي: «وفي هذا دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد

---

(١) المدونة ٢/٣٦٦ مطبعة السعادة.

(٢) الإقناع على أبي شجاع ٢/١٤٠.

(٣) الهداية ٢/٤٧، والمغني ٧/٥٨٢ - ٥٨٤.

(٤) البقرة ٢٣٣.

لضعفه وعجزه». قال: «وأجمع العلماء على أن على المرء نفقة ولده الأطفال الذين لا مال لهم»[1].

وتقدم حديث عائشة عند الصحيحين: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

واستدل أبو حنيفة وأحمد لوجوب النفقة على الأقارب بقوله تعالى: ﴿ وعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾[2].

قال الجصاص: «يعني النفقة والكسوة وأن لا يضارها ولا تضاره، إذ كانت المضارة قد تكون في النفقة كما تكون في غيرها». وذكر أن ذلك مروي عن عمر وزيد بن ثابت وغيرهما. قال: «وعن ابن عباس والشعبي: عليه أن لا يضار»[3].

وذهب مالك إلى أن قوله تعالى: ﴿مثل ذلك﴾: لا يرجع لجميع ما تقدم وإنما يرجع إلى تحريم الإضرار فقط، لأن الأصل رجوع الضمير إلى أقرب مذكور[4].

وهو ما أشار إليه الجصاص آنفاً عن ابن عباس والشعبي.

* * *

وَعَلَى الأُمِّ إرضاعُ ولدِهَا إلا عَليَّةَ القدرِ والمُبانةَ، حَيثُ كان لِلصَّغيرِ مالٌ أو أبٌ موسرٌ، وإلا فعليهَا إرضَاعُه كما إذا لم يقبَل غيرَهَا، ولكن بالأجْرة والله أعلم.

* * *

(١) تفسير القرطبي ٣/١٦٣.
(٢) البقرة ٢٣٣.
(٣) أحكام القرآن ١/٤٠٦ ـ ٤٠٧.
(٤) تفسير القرطبي ٣/١٦٩ ـ ١٧٠.

يجب على أم الرضيع المتزوجة بأبيه أو الرجعية ـ أن ترضع ولدها بدون أجرة، إلا إذا كانت علية القدر من شأن أمثالها أن لا يرضعن لشرفهنّ فلا يلزمها إرضاعه، كما لا يلزم المطلقة طلاقاً بائناً إرضاع ولدها.

ومحل عدم وجوب الإرضاع على الشريفة والمبانة ـ أن يكون للصبي أو أبيه مال، وإلا فيجب عليهما بدون مقابل. كما يجب عليهما الإرضاع إذا كان للصبي أو أبيه مال ولكنه لم يقبل غير أمه فيجب عليها إرضاعه لكن بأجرة. وإذا أرضعت الشريفة والمبانة ولدهما في الحالة التي لا يجب عليهما إرضاعه ـ فلهما أجر الرضاع، وهما أحقّ برضاع ولدهما من غيرهما. إلا إذا طلبتا أكثر من أجرة المثل، فله استئجار غيرهما كما تقدم[1] لقوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُم فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرى ﴾.

والأصل في وجوب الرضاع على التفصيل الذي ذكر المصنف، قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾[2].

قال ابن عطية: «يرضعن أولادهن»: خبر معناه الأمر على الوجوب لبعض الوالدات، والأمر على جهة الندب والتخيير لبعضهن.

فأما المرأة التي في العصمة فعليها الإرضاع وهو عرف يلزم، إذ قد صار كالشرط، إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها أن لا ترضع وذلك كالشرط، فإن مات الأب ولا مال للصبي فمذهب مالك في المدونة أن الرضاع لازم للأم بخلاف النفقة» قال: «وأما المطلقة طلاق بينونة فلا رضاع عليها، والرضاع على الزوج، إلا أن تشاء هي، فهي أحق به بأجرة المثل، هذا مع يسر الزوج، فإن كان معدماً لم يلزمها الرضاع إلا أن يكون المولود لا

(١) التاج والإكليل ٢١٣/٤.
(٢) البقرة ٢٣٣.

يقبل غيرها فتجبر حينئذ على الإرضاع ولها أجر مثلها في يسر الزوج»[1] اهـ.

وقال القرطبي: «وروي عن مالك أن الأب إذا كان مُعدِما ولا مال للصبي أن الرضاع على الأم، فإن لم يكن لها لبن ولها مال فالإرضاع عليها في مالها»[2].

قلت: وهذا هو مشهور المذهب: فالصبي إذا لم يكن له ولا لأبيه ـ مال وكانت أمه موسرة وجب عليها إرضاعه بنفسها أو بالاستئجار على إرضاعه من مالها[3].

* * *

(١) المحرر الوجيز ٢/٢٠٨.

(٢) تفسير القرطبي ٣/١٦١.

(٣) مواهب الجليل ٤/٢١٤.

بَابٌ فِي الحَضَانَة



حضانةُ الذكر حتى يبلغ والأُنثى حتى يدخُلَ بها الزوجُ، للأمِّ فأُمِّها فجدَّتِها فخالتِه فخالةِ أُمه فجدته للأب وإن علت، فأبيه فأُختِه فعمتِه فعمةِ أبيه فخالتِه فبنت أخي المحضونِ أو أُختِه، فالوصي فالأخ فالجد فابن الأخ فالعم فابنه فالمولى الأعلى فالأسفل.

ويُقدم الشقيق فيما مرَّ ثم الذي للأُم، وعند التساوي ينظر في الزائد شفقة وصيانة.

* * *

الحضانة (بكسر الحاء وفتحها) مأخوذة من الحِضن بالكسر وهو ما دون الإبط إلى الكشح، فكأن الأُم تضم ولدها إلى جنبها[1].

أما تعريفها شرعاً فقال ابن عرفة: «هي محصول قول الباجي: حفظ الولد في مبيته ومؤونة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده»[2].

---

(١) لسان العرب ١٢٢/١٣.

(٢) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٣٠.

وتستمر حضانة الذكر حتى يبلغ الحُلُمَ على المشهور، وقيل حتى يثغـر، قال في التحفة:

«وهي إلى الإثغـــار في الـــذكــور والاحتـلامُ الحدُّ في المشهـور»[1]

والإثغار هو سقوط أسنان الصبي ونباتها بعد السقوط[2]. أما الأُنثى فتستمر حضانتها حتى تنكح ويدخل بها زوجها.

وقال أبو حنيفة: تستمر الحضانة للغلام حتى يأكل وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده، وتستمر للبنت حتى تحيض إن كانت عند الأُم والجدّة، وحتى تُشتهى إن كانت عند غيرهما[3].

وقال الشافعي: إذا بلغ الغلام سبع سنين أو ثمانياً وكان مميزاً خيِّر بين أبيه وأُمه إن صلحا للحضانة، فأيهما اختار يسلم إليه ومثله الجارية، ولهما بعد اختيار أحدهما التحول للآخر[4].

وقال أحمد: إذا بلغ الغلام سبع سنين خُيِّر بين أبويه، فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً، وإن اختار أُمه كان عندها ليلاً وعند أبيه نهاراً ليؤدّبه ويعلّمـه. أما الجارية فلا تخيّر بل تكون عند أبيها إذا بلغت سبعاً[5].

وقوله «للأُم فأُمها فجدتها . .» إلخ يعني أن الأُم المطلقة أو التي مات زوجها تكون أحق بحضانة ولدها في مدة الحضانة الآنفة الذكر، أما الأُم التي في عصمة أبي المحضون فشريكة مع الأب في الحضانة.

ثم إذا تزوجت الأُم أو طرأ لها مانع آخر من موانع الحضانة الآتية تنتقل الحضانة إلى أُمها وهي جدّة الصبي لأم.

---

(١) البهجة شرح التحفة ١/٤٠٥.

(٢) النهاية ١/٢١٣.

(٣) اللباب ٣/١٠٣.

(٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/١٤٩.

(٥) الروض المربع ٢/٣٦٦.

ثم تنتقل إلى جدة الأم، ثم إلى خالة المحضون فخالة أُمه. ثم جدّة المحضون لأب على المشهور[1] ثم تنتقل إلى أبي المحضون.

وفي الحالات التي تكون فيها الحضانة عند غير الأب فإن له تعاهد ولده وتأديبه وإرساله للمكتب لتعلّم القراءة والكتابة والقرآن.

ثم بعد الأب تنتقل الحضانة إلى أُخت المحضون ثم إلى عمته فعمة أبيه فخالته أي الأب، ثم إلى بنت أخيه أو أُخته، أي المحضون. قيل تقدم بنت الأخ وقيل تقدم بنت الأُخت، وقيل تقدم أكفؤهما وهو الأظهر عند ابن رشد[2].

ثم تنتقل الحضانة إلى الوصي ذكراً كان أو أُنثى، والمراد بالوصي مَن كان وصياً على الولد أو كان مقدماً من جهة القاضي. ثم إلى أخي المحضون فجدّه دنية من جهة الأب، ثم ابن أخي المحضون وبذلك يتوسط الجدّ بين الأخ وابنه، وفي ذلك يقول الأجهوري:

«بغسل وإيصاء ولاءٍ جنازةٍ نكاحٍ أخاً وابناً على الجد قدِّم
وعقلٍ ووسِّطْهُ بباب حضانة وسوِّهْ مع الأباء في الإرث والدم»[3]

ثم تنتقل الحضانة بعد ابن الأخ إلى عمّ المحضون فابن عمه، ثم إلى المَوْلى الأعلى وهو معتِق المحضون فعصبته أي المولى. ثم إلى الْمَوْلى الأسفل وهو مَن أعتقه والد المحضون.

وقدم الشقيق فيما تقدم من الإخوة والأخوات والأعمام والعمّات وغيرهم ممّن يتأتى فيه ذلك، خلافاً للأُمهات والآباء، ثم الذي للأخ ثم الذي للأب.

---

(1) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٧٥٦/٢.
(2) شرح الزرقاني على خليل ٢٦٥/٤.
(3) المرجع السابق.

وعند التساوي في المرتبة يقدم مَن كان أزيد صيانة وشفقة.

أما الأحق بالحضانة عند الثلاثة فكالآتي:

- عند الحنفية يأتي الأب بعد الأم وأمها ثم أخت المحضون ثم خالته ثم عمته وتقدم الشقيقة ثم التي للأم. ثم بعد النساء المذكورات تقدم العصبة ثم ذوو الأرحام[1].

- وعند الشافعي: تنتقل الحضانة بعد الأم لأمهاتها الوارثات القربى فالقربى، فأمهات الأب كذلك فأخت المحضون فخالته فبنت أخته فبنت أخيه فعمته. وتقدم الشقيقات ممّن ذكرن على غيرهنّ ثم اللاتي للأب.

ثم بعد هؤلاء النسوة تنتقل الحضانة إلى الأب ثم إلى غيره من كل ذي محرم وارث من العصبة، وكذا غير ذي محرم وارث على الصحيح، الأقرب فالأقرب[2].

- وعند أحمد تنتقل الحضانة بعد الأم وأمهاتها إلى الأب فأمهاته ثم الجد فأمهاته، ثم إلى الأخت فالخالة فالعمة ثم بنت الأخ وبنت الأخت، ثم بنات الأعمام والعمّات، وتقدم الشقيقة ثم التي للأب، ثم لباقي العصبة الأقرب فالأقرب ثم لذوي الأرحام[3].

والأصل في أن الأمهات أحقّ بحضانة ولدهنّ ما أخرجه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم: «عن عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: «أنتِ أحق به ما لم تنكحِي»[4].

(١) اللباب ٣/١٠١ - ١٠٢.

(٢) نهاية المحتاج ٧/٢٢٥ - ٢٢٧.

(٣) الإنصاف ٩/٤١٦ - ٤٢٢.

(٤) بلوغ المرام ص ٢٤٢ - ٢٤٣.

وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك[1].

أما الجدّة فالأصل في أسبقيتها بعد الأم ما في الموطإ: «عن يحيى بن سعيد أنه قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصماً يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدّة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق، فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني فقال أبو بكر: خل بينها وبينه، قال: فما راجعه عمر الكلام. قال: وسمعت مالكاً يقول: وهذا الأمر الذي آخذ به في ذلك»[2].

وقضاء أبي بكر بينهما كان في زمن خلافته[3]. وذلك مما يقوّي الاحتجاج به لحديث: «اقتدوا باللذين من بعدي؛ أبي بكر وعمر». أخرجه أحمد وابن ماجه والترمذي وحسّنه[4].

أما تقديم الخالة بعد الجدّة فالأصل فيه ما أخرجه البخاري: «عن البراء بن عازب أن النبي ﷺ قضى في ابنة حمزة لخالتها، وقال: «الخالة بمنزلة الأم»[5].

وتقديم الأم والجدّة والخالة على غيرهنّ بالنص يدل على أن القرابة من جهة الأم مقدمة في الحضانة بالقياس، وهذا ما ذهب إليه المصنف في باقي المراتب، لأن العلة هي الشفقة والحنان وهي أكثر في قرابة الأم.

قال ابن رشد: «وهي أعني الحضانة مرتبة بحسب الحنان والرفق لا

(١) الإجماع لابن المنذر ص ٧٩.
(٢) الموطأ ٢/٧٦٨.
(٣) شرح الزرقاني على الموطإ ٤/٧٣.
(٤) فيض القدير ٢/٥٦.
(٥) بلوغ المرام ص ٢٤٣.

يراعى في ذلك قوة الولاية كالنكاح وولي الموالي والصلاة على الجنائز وولاء الميراث، فقد يحضن من لا يرث كالوصي والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت..»[1].

* * *

وَشَرطُ الحاضنِ القُدرةُ على القيامِ بشؤون المَحضون والأمانةُ والصيَانةُ والشفَقَةُ، وهو محمولٌ عليها حتى يَثْبتَ غيرُها. فإن كان الحاضنُ ذكراً والمحضونةُ أُنثى مُطيقةً فلا بُدَّ من كونِه محرماً وكونُه معه من يَحضنُ شرط فيهمَا.

وإذا كانت الحَاضِنَةُ أُنثى فشَرطُهَا عدمُ السُّكنىٰ مع مَن سَقَطَتْ حِضانَتُها.

* * *

يعني أن الحاضن يُشترط فيه أن يكون قادراً على تأدية شؤون الحضانة كاملة، وهذا يستلزم أن يكون عاقلاً، فلا حضانة لمجنون ومعتوه. ويشترط فيه الأمانة في الدين فلا حضانة لشارب خمر وَلا لمشتهر بالزنا أو اللهو الحرام.

ويُشترط فيه أيضاً الصيانة والشفقة؛ بحيث يكون صائناً للمحضون من كل ما يضرّ ببدنه وعقله وشرفه وماله. ويتطلب ذلك حرز المكان في البنت التي يخاف عليها الفساد، وهي المطيقة، فلا بدّ أن يكون المكان الذي تسكن فيه متّصفاً بذلك. وأن يكون ذلك المكان أميناً فلا حضانة لمن بيته مأوى الفسّاق أو قريباً منهم بحيث يخاف على البنت المحضونة، أو يخاف على مال المحضون من السرقة أو الغصب.

(١) المقدمات مع المدونة،٢/٢٥٩.

ولا بدّ أن يكون الحاضن شفيقاً على المحضون، ولذلك قُدِّمت قرابة الأُم على العصبة لما أودع الله في الأُم ومَن يمتّ إليها بصلة ـ من الشفقة والحنان. وهو ـ أي الحاضن ـ محمول على الأمانة والصيانة والشفقة حتى يثبت عليه ضدها[1]. ويشترط فيه عدم مرض مضر كجذام وبرص.

ويشترط في الحاضن أيضاً الرشد فلا حضانة لسفيه على الراجح، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق منه ما لا يليق[2].

قال الباجي معقباً على أحقية الأُم: «وإذا لم تكن في حرز أو كانت غير مأمونة أو تضعف عنه أو سفيهة أو ضعيفة أو مسنّة ـ فلا حضانة لها». قال: «ووجه ذلك أن الحضانة إنما هي للرفق بالصغير، فإذا عجزت عن القيام به عُدم الرفق، وكان في مُقامه عندها تضييع له والله أعلم وأحكم»[3].

وقوله: «وإن كان الحاضن ذكراً..» إلخ يعني أن حاضن الأُنثى المطيقة يشترط فيه إذا كان ذكراً أن يكون محرماً لها كأخ وعم، وأن يكون معه مَن يصلح للحضانة من الإناث: زوجة أو غيرها ولا يشترط في الصورة الأخيرة أن تكون المحضونة بنتاً مطيقة، بل ذلك عام في كل محضون[4].

وإذا كانت الحاضنة أُنثى فيشترط فيها أن لا تكون ساكنة مع حاضنة سابقة سقطت حضانتها، فلو أن الحضانة انتقلت إلى الجدّة بسبب تزوج الأُم، وبقيت الجدّة ساكنة مع الأُم فإن الجدّة لا حق لها في الحضانة ما دامت تسكن معها.

ولا يشترط في الحاضن إسلام على المشهور، وقال ابن وهب: لا

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٥٢٨ ـ ٥٢٩.

(٢) الشرح الصغير ٢/٧٥٨ ـ ٧٥٩، والتاج والإكليل ٤/٢١٦.

(٣) المنتقى.. ٦/١٨٦.

(٤) حاشية الدسوقي ٢/٥٢٩.

حضانة للكافر، قال اللخمي: وهو أحسن وأحوط للولد[1].

ويُستدلُّ لمشهور المذهب بحديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جدّه رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع: ابنتي فقال النبي ﷺ: «اقعد ناحية» وقال لها: «اقعدي ناحية» وأقْعد الصبيَّة بينهما، ثم قال: «ادعواها» فمالت الصبية إلى أُمها فقال النبي ﷺ: «اللّهم اهدها» فمالت إلى أبيها فأخذها» أخرجه أبو داود وسكت عنه، كما سكت عنه المنذري وقال: «وأخرجه النسائي»[2].

وعلى هذا القول المشهور فإن المحضون المسلم إذا خيف عليه أن يفتنه الحاضن الكافر عن دينه ويخرجه عن الإسلام أو يغذيه الخمر والخنزير. . فإنه يضمّ لمسلمين، فيسكن معهم بالمحضون ليراقبوا عمله معه. قال في جواهر الإكليل عند قول خليل: «لا إسلام، وضمت إن خيفَ لمسلمين»[3] ما نصه: «وضمت حاضنة كافرة إن خيفَ على المحضون أن تربيه على دينها أو تغذيه بخمر أو خنزير. .» «لجيران مسلمين» ولا يشترط الجمع بل تكفي مسلمة واحدة[4].

ونحوه لأبي حنيفة، قال القدوري: «والذمية أحق بولدها المسلم، ما لم يعقل الأديان ويُخاف أن يألف الكفر»[5].

وقال الشافعي وأحمد: لا حضانة لكافر على مسلم لأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى لأن ضرره أكثر[6].

---

(1) منح الجليل ٢/٤٥٦.
(2) مختصر سنن أبي داود ٣/١٥٩.
(3) مختصر خليل ص ١٦٨.
(4) جواهر الإكليل ١/٤٠٩.
(5) اللباب ٣/١٠٣.
(6) مغني المحتاج ٣/٤٥٥، والمغني ٧/٦١٣.

وتقدم أن ابن وهب ـ من علمائنا ـ قال بهذا وصوبه اللخمي.

* * *

ويُسقطُ الحضانةَ التزوجُ بمن ليس محرماً بالأصالة كالخالِ ولا حق له في الحضانة، كابنِ العمِّ، وسفرُ النقلةِ من وليٍّ أو حاضنٍ لمحل على مسافةِ ستة بُردٍ، لا أقلَّ إلا مع الخَوْف.

* * *

يعني أن الحاضنة تسقط حضانتها إذا تزوجت ودخل بها زوج ليْس محرماً بالأصالة للمحضون، وتنتقل الحضانة لمن يليها في الرتبة.

أما إذا تزوجت بمحرم للمحضون بالأصالة فلا تسقط حضانتها، سواء كان لذلك المحرم حق في الحضانة كالعم يتزوج بأُم المحضون، أو لا حقّ له في الحضانة، كخال المحضون يتزوج بحاضنته من جهة أبيه كعمته ـ فلا تسقط حضانتها بدخوله بها[1].

وقوله: «كابن العم» تشبيه بالمحرم بالأصالة، ومعناه أن الحاضنة إذا تزوجت بولي عاصب للمحضون كابن عمّه فلا تسقط حضانتها بدخوله بها. ومفاد ما جاء في شرح الدردير وحاشية الدسوقي أن عدم سقوط الحضانة نافذ بدون شرط[2]. أما محمد عليش فقال: إن عدم سقوطها يشترط فيه أن لا يكون للمحضون حاضنة فارغة من زوج[3].

ونحوه في حاشية كنون قال: «وقال ابن عرفة عن ابن رشد: وإن لم

(١) منح الجليل ٢/٤٥٧.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٢/٥٣٠.
(٣) منح الجليل ٢/٤٥٧.

يكن الزوج ذا محرم، فإن كان من ذوي الحضانة فهي أحق ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إليه منها فارغة من زوج»[1] اهـ.

ولا تسقط حضانة المدخول بها إذا علم مَن يليها في الرتبة بدخول زوج بها وسكت عاماً بعد علمه بذلك بلا عذر.

فإن لم يعلم بالدخول أو علم به ولم تمضِ بعده سنة أو مضت بعده وكان سكوته لعذر ـ كجهله باستحقاقه الحضانة بعد الدخول ـ فله أخذ المحضون من المدخول بها. إلا إذا تأيَّمتْ، أي فارقها زوجها أو مات قبل القيام عليها فلا تسقط حضانتها.

ولا تسقط حضانة المدخول بها أيضاً إذا لم يقبل المحضون غيرها، أو لم يكن له حاضن غيرها أو كان له غيرها ولكنه غير مأمون أو عاجز عن الحضَانة[2].

والأصل في سقوط حضانة المرأة بالتزوج ـ ما تقدم من حديث عبد الله بن عمرو: «أنت أحق به ما لم تنكحي». وتقدم أن ابن المنذر حكى الإجماع على ذلك.

قال الباجي: «ووجه ذلك أن الصبي يلحقه الضرر بتكرُّه الزوج له، وضجره به، والأم تدعوها الضرورة إلى التقصير في تعاهده، طلباً لمرضاة الزوج واشتغالاً به، وذلك كله مضر بالصبي فبطل حقها من الحضانة»[3] اهـ.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، ولم يقيدوا النكاح بالدخول[4].

---

(١) حاشية كنون على الرهوني ٤/٢٦٢.

(٢) الشرح الصغير ٢/٧٦٠ ـ ٧٦١.

(٣) المنتقى ٦/١٨٦.

(٤) اللباب ٣/١٠٢، ومغني المحتاج ٣/٤٥٥، والإنصاف ٩/٤٢٤ ـ ٤٢٥.

وإذا تأيمت من سقطت حضانتها بدخول زوج بهـا فلا تعود لها على المشهور، وقيل تعود إليها[١]. وبه قال الثلاثة[٢].

ولا خلاف عند الجميع أن الحضانة إذا سقطت لعذر كمرض أو سفر نقلة أو خوف مكان ـ أنها تعود لمن انتقلت عنها إذا زال ذلك العذر[٣].

وقوله: «وسفر النقلة..» إلخ يعني أن ولي المحضون إذا سافر أو سافرت حاضنته سفر نقلة إلى بلد مأمون والطريق إليه مأمونة ـ مسافة ستة برد فأكثر ـ فإن لولي المحضون نزعه من الحاضنة وتسقط حضانتهـا إلا إذا ارتحلت مع ولدها، ولا تمنع من ذلك.

وتقدم تفسير البريد في باب السفر، وأنه نحو عشرين (٢٠) كم.

والأصل في ذلك ما في المدونة: «قال مالك: للأب أن يخرج ولده معه إذا ارتحل إلى أيّ بلد ارتحل إليه إذا أراد السكنى، قال مالك: وكذلك الأولياء هم في أوليائهم بمنزلة الأب، لهم أن يرتحلوا بالصبيان حيثما ارتحلوا، تزوجت الأم أو لم تتزوج، إذا كانت رحلة الأب والأولياء رحلة نقلة، وكان الولد مع الأولياء أو مع الوالد في كفاية، ويقال للأم: إن شئت فاتبعي ولدك وإن أبيت فأنت أعلم.

قال مالك: وإن كان إنما يسافر؛ يذهب ويجيء، فليس لهذا أن يخرجهم معه عن أمهم، لأنه لم ينتقل. قال مالك: وليس للأم أن تنقلهم عن الموضع الذي فيه والدهم وأولياؤهم، إلا أن يكـون ذلك إلى المـوضع القريب: البريد ونحوه، حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم»[٤] اهـ.

وقـول المصنف «لا أقل إلا مع الخوف» يعني أن سفر الولي أو

---

(١) الكافي ٢/٦٢٦.

(٢) اللباب ٣/١٠٢، ومغني المحتاج ٣/٤٥٥ ـ ٤٥٦، والمغني ٧/٦٢٠.

(٣) الشرح الصغير ٢/٧٦٣.

(٤) المدونة الكبرى ٢/٣٥٨.

الحاضنة مسافة أقل من ستة برد لا يسقط الحضانة إلا مع الخوف، أي خوف الطريق أو المكان الذي يُسَافَر إليه ـ فإنه يسقطها حفاظاً على سلامة الولد.

وقال أحمد: إذا أراد أحد أبوي المحضون سفراً طويلاً لغير ضرار إلى بلد بعيد مسافة قصر فأكثر ليسكنه والبلد والطريق إليه آمن فحضانة المحضون لأبيه، وإن بعد السفر لحاجة لا لسكنى أو قرب وكان لسكنى فالحضانة للأم لأنها أتم شفقة. قاله في الروض المربع[1].

وقال الشافعي: «ولو أراد أحَدهما سفر حاجة كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود، أو سفر نقلة فالأب أولى بشرط أمن طريقه والبلد المقصود، قيل ومسافة قصر» قاله في المنهاج[2].

وقال أبو حنيفة: إذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر إلى مصر آخر فليس لها ذلك إلا إذا كان ما بين المصرين قريبـاً، بحيث يمكن الأب أن يبصر ولده ثم يرجع في نهاره، وكذلك إذا بَعُدَ ما بين المصرين، وكان المصر الذي تخرج إليه وطنها وبه وقع الزواج[3].

أما إذا أراد الأب الخروج بولده بنية الاستيطان في بلد آخر فليس له الذهاب بالولد عن أمه[4].

* * *

وللحاضنةِ قبضُ نفقته وكسوتِه وما ينوبُه من أُجرة مسكنٍ وخدمةٍ، ولا أُجرة للحضانَةِ، ولا حضانةَ لأبي الأُم أو أخيها، والله أعلم.

* * *

---

(١) الروض المربع ٣٢٩/٢.
(٢) مغني المحتاج ٤٥٨/٣ ـ ٤٥٩.
(٣) اللباب ١٠٤/٣.
(٤) رحمة الأمة ص ٣٢٤.

على أبي المحضون أو وليه أن يدفع للحاضنة نفقة الصبي وكسوته وجميع ما ينوبه من غطاء وفراش ومن أُجرة مسكن وخدمة، وذلك باجتهاد أو غيره بالنظر لحال الأب، فيدفع ذلك للحاضنة شهرياً أو أسبوعياً أو يومياً حسب عادة البلد.

وليس للأب أن يقول للحاضنة ابعثيه ليأكل عندي ثُم يعود لك وليس للحاضنة موافقته على ذلك. لما فيه من الضرر على الطفل(١).

وإذا آجرت الحاضنة مسكناً لنفسها وللمحضون فيعوّض لها عن المحضون ما يلزمه من ذلك بالاجتهاد. ومثل ذلك إيجار الخادم فيعطى لها ما ينوب الولد من ذلك.

والمشهور هو ما ذكر المصنف من أن السكنى بين الحاضنة وأبي الصبي، وقيل إن ذلك كله على الأب، وقيل: إن أُجرة السكنى توزع على قدر عدد الذين يسكنون في المنزل، والمحضُون فرد منهم، وقيل: إنها على الموسر من الأب والأم(٢).

وقوله: «ولا أُجرة للحضانة..» يعني أن الحاضنة لا أُجرة لها في مقابل الحضانة، وهذا هو المشهور، ومقابله قول بلزوم الأُجرة لها. ومحل الخلاف إذا كانت غنية، أما الفقيرة فينفق عليها من مال المحضون إذا كان ابنَها قولاً واحداً كما تقدم، وكذلك إذا لم يكن ابنها وتوقفت مصالحه عليها فينفق عليها من ماله على المشهور(٣).

وقوله: «ولا حضانة لأبي الأُم أو أخيها» يعني أن الجدّ من جهة الأُم لا حق له في الحضانة وكذلك الخال كما تقدم، لأن قرابة الأُم وإن كانت لها الأولوية لشفقتها ـ فإنها مختصّة بالنساء. أما الرجال الذين يدلون بالأُمهات فلا حق لأحد منهم في الحضانة إلا الأخ للأُم وحده. والله أعلم(٤).

(١) الشرح الصغير ٢/٧٦٤.

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٤/٢٧٣.

(٣) المرجع السابق وحاشية الصاوي ٢/٧٦٥.

(٤) حاشية العدوى على كفاية الطالب ٢/١١٩ ـ ١٢١.



كتاب البيوع وأحكامها



اعلمْ أن معرفَةَ أحكامِ البيعِ فرضُ كفايةٍ في الجملةِ وفرضُ عينٍ على المُكلَّفِ فيما يُريد أن يَدخُل فِيه كسائِرِ العُقُودِ. وهُو عَقدُ مُعاوضَةٍ على غَيْرِ منافعَ.

* * *

البيوع: جمع بيع مصدر باع، وجمع باعتبار أنواع البيع، لأن المصدر لا يثنى ولا يجمع.

والبيع والشراء معروفان، وهما من الأضداد، يقال: بعت الشيء بمعنى بعته، وبمعنى شريته، ويقال: شريت الشيء بمعنى شريته وبمعنى بعته، قال تعالى: ﴿ وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ ﴾[1] أي يبيعها. وقال عز وجل: ﴿ وشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَراهِمَ مَعْدُودَةٍ ﴾[2] أي باعوه بها.

وقال رسول الله ﷺ: «لا يبع بعضكم على بيع بعض». أخرجه مالك والشيخان، عن ابن عمر[3]. ومعنى: «لا يبع» هنا: لا يشترِ.

---

(١) البقرة: ٢٠٧.

(٢) يوسف: ٢٠.

(٣) الموطأ ٢/٦٨٣، وزاد المسلم ٥/٣٢٩ - ٣٤٠.

إلا أن الغالب أن البيع يستعمل لزوال المُلْك بالمعاوضة، والشراء يستعمل للتملّك بها[1].

أما تعريف البيع شرعاً فسيأتي فيه كلام المصنف إن شاء الله.

وقوله: «اعلم أن معرفة أحكام البيع فرض كفاية في الجملة..» إلخ يعني أن معرفة أحكام البيع فرض كفاية في حق مَن لا يمارسه، وفرض عين في حق مَن يمارسه لتحصيل قوت أو تجارة، كغيره من أنواع المعاملات.

ومن المعلوم أن فرض الكفاية هو الذي كُتب على جملة الناس، فيسقط عن جميعهم إذا قام به بعضهم، وإن لم يقم به البعض أثم الجميع كالجهاد في سبيل الله والقيام بعلوم الشرع.

أما فرض العين فهو الذي فرضه الله على كل مكلف بعينه كالصلاة المكتوبة وصيام رمضان، فلا يحمله أحد عن أحد.

وفي ذلك يقول ابن عاصم في مرتقى الوصول:

«وَالْفرضُ مقسومٌ إلى نوعَيْن ... فرض كفاية وفرض عَيْن
فما عَلى الأعيان فرضه كُتب ... فذاك فرض العين ليس ينقلِبْ
وما على الجُمْلةِ كالجهادِ ... فرضٌ كفاية على العِبَادِ
يسقط عن كل إذا البعْضُ فَعلْ ... ويَأثمُ الجَميعُ إن هُو انْهَمَلْ»[2]

والأصل في وجوب معرفة أحكام البيع على مَن يمارسه ما أخرجه الترمذي في سننه: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: لا يبع في سوقنا إلا مَن تفقه في الدين»[3].

وكذلك الشأن في سائر العقود الأخرى كالنكاح. قال ابن العربي:

---

(١) المجموع ١٤٨/٩.

(٢) نيل السول على مرتقى الوصول ص ٦٦ ـ ٦٧.

(٣) جامع الأصول ٣٧٥/١ وتيسير الوصول ٥٥/١.

«البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قِوام العالم، لأن الله خلق الإنسان محتاجاً للغذاء ومفتقراً للنساء، وخلق له ما في الأرض جميعاً، كما أخبر في كتابه ـ ولم يتركه سدى يتصرف باختياره، فيجب على كل أحد أن يتعلم ما يحتاج إليه، فإن كل مكلف يجب عليه أن لا يفعل شيئاً حتى يعلم حكم الله فيه.

وقول بعضهم: يكفي ربع العبادات، ليس بشيء، إذ لا يخلو مكلف غالباً من بيع أو شراء» اهـ. نقله عق[1].

وقال كنون في حاشيته: «وفي تنبيه المغترّين ما نصه: وقد كان الإمام مالك رضي الله عنه يأمر الأمراء فيجمعون التجار والسوقة ويعرضونهم عليه فإذا وجد أحداً منهم لا يفقه أحكام المعاملات ولا يعرف الحلال من الحرام أقامه من السوق، وقال له: تعلم أحكام البيع والشراء ثم اجلس في السوق، فإن مَن لم يكن فقيهاً أكل الربا شاء أم أبى»[2] اهـ.

وقال أبو سالم العياشي في نظمه لبيوع ابن جماعة:

«لا تجلسَنْ في السُّوق حتى تعلمَا   مَا حلَّ من بيع وما قَدْ حرُما»

وقال أبو زيد التلمساني في نظمه لتلك البيوع:

«ولم يَجُزْ أن تدفع الأموالا   لرجل لا يَعْرِفُ الحَلالاَ
وذاك في القراض والبيوع   وجملة الأحكام في المشروع»[3]

وحكم البيع الجواز لقوله تعالى: ﴿ وأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبا ﴾[4] وقد تعتريه أحكام الشرع الأخرى؛ فيكون واجباً إذا اضطر الإنسان لشراء طعام أو شراب تتوقف عليه حياته أو حياة من تَجب عليه نفقته، ويكون مندوباً

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٥/٢.
(٢) حاشية كنون مع حاشية الرهوني ٥/٢ ـ ٣.
(٣) المرجع السابق.
(٤) البقرة ٢٧٥.

إذا حلف مسلم على أخيه ببيع سلعة لا ضرر عليه في بيعها، لأن إبرار القسم مندوب، ويكون مكروهاً كبيع هر أو سبع لا لأخذ جلدهما، ويكون حراماً في البيوع المنهي عنها والتي ستأتي إن شاء الله.

وقوله: «وهو عقد معاوضة على غير منافع..» هذا هو تعريف البيع الشرعي، وقد عرفه ابن عرفة بنحوه فقال: «عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة». فيدخل في المعاوضة جميع أنواع البيوع، وتدخل فيها هبة الثواب، بخلاف الهبة لغير الثواب والصدقة. وقوله: «على غير منافع». أخرج به الإجارة والكراء، وأخرج بقوله: «ولا متعة لذة» النكاح.

* * *

وَأَرْكَانُه عاقِدٌ مِن بَائِعٍ ومُشتَرٍ، ومَعقُودٍ عليْه مِن ثَمَنٍ وَمُثمَنٍ، ومَا دَلَّ عَلى الرِّضا مِن صِيغَةٍ أو مُعَاطاةٍ وَلَو فِي غيرِ المُحَقَّرَاتِ.

* * *

يعني أن أركان البيع التي ينعقد بها ـ ثلاثة وهي:

ـ عاقد ويصدق على بائع ومشترٍ.

ـ ومعقود عليه، ويصدق على ثمن ومثمن.

ـ وما يدل على الرضا من قول أو إشارة وإن بفعل كمعاطاة من كلا الجانبين.

وهذا هو المعروف بالصيغة. ويصح البيع بالمعاطاة ولو في غير المحقرات كما ذكر المصنف، والمحقرات: هي ما كان ثمنه قليلاً[1].

وبه قال أحمد وأبو حنيفة في أصح قوليه. وقوله الآخر أنه لا يصحّ في

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٥/٣ ـ ٤.

غير المحقرات، وفسّرها بأنها ما دون نصاب السرقة. فما كان أكثر من ذلك لا بدّ فيه من القول[1].

وقال الشافعي: لا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول بالقول، أما المعاطاة فلا ينعقد بها في كثير ولا قليل على المشهور[2].

ومعنى المعاطاة أن يعطي أحدهما الثمن ويعطيه الآخر المبيع أو العكس فيتم القبض بينهما من غير تكلم ولا إشارة.

والأصل في انْعقاد البيع بما يدل على الرضا من المعاطاة وغيرها قوله تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[3]. قال القرطبي: «هذا استثناء منقطع، أي ولكن تجارة عن تراضٍ، والتجارة هي البيع والشراء، وهذا مثل قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا ﴾[4] انتهى[5].

* * *

وَمَنْ أَتَى بالمَاضِي من بائعٍ أو مُشترٍ، كبعتُ أو اشتريتُ لم يُصدَّق في نَفيِ إرادةِ ذلِكَ ـ بِيمينِه بِخِلافِ المُضَارِعِ وَالأمرِ.

* * *

يعني أن البائع إذا قال للمشتري: بعتك سلعتي، أو قال المشتري للبائع: اشتريتها منك، بصيغة الماضي فيهما، ويرضى المشتري في الأولى والبائع في الثانية ـ فإن البيع ينعقد فيهما اتفاقاً، ولا تقبل دعوى أحدهما ـ بيمين ـ أنه لم يُرد البيع أو الشراء.

---

(١) فتح القدير ٥/٧٧، والمغني ٣/٥٦١.

(٢) المجموع ٩/١٦٢.

(٣) النساء ٢٩.

(٤) البقرة ٢٧٥.

(٥) تفسير القرطبي ٥/١٥١.

وأما إذا كانت الصيغة بالمضارع أو الأمر، كأن يقول البائع: أبيعكها أو اشْترِها مني ـ بكذا أو يقول المشتري: أشتري منك أو بِعْني سلعتك بكذا ويرضى الآخر في الصيغتين، أي صيغة المضارع والأمر فإن البيع ينعقد، لكن إذا قال المبتدىء منهما إنه لم يقصد البيع أو الشراء وإنما كان هازلاً أو مختبراً ثمن السلعة ـ فإنه يصدق بيمين فإن نكل عنها مضى عليه البيع. هذا قول ابن القاسم في المدونة، وقيل: إن الأمر كالماضي في اللزوم بلا يمين، واعتمده بعضهم، وعليه درج خليل[1].

وإذا سئل البائع بِكَم تبيع سلعتك؟ فقال بكذا فقال المشتري أخذتها بذلك فإن البيع يقع ويصدق في نفي إرادته بيمين، فإن نكل مضى عليه البيع نهائياً سواء تسوّق بها أم لا[2].

واتفق الثلاثة مع مالك في أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول بصيغتي الماضي سواء قُدِّم لفظ الشراء أو لفظ البيع.

وقال أبو حنيفة: لا ينعقد بغير ذلك[3].

أما الشافعي وأحمد فينعقد عندهما أيضاً إذا تقدم لفظ الطلب كأن يقول المشتري: بعني سلعتك بكذا فيقول البائع بعتكها به. وكذلك إذا قال البائع اشْتَرِ مني بكذا فيقول المشتري اشتريت به. أما إذا تقدم لفظ الاستفهام كأن يقول أتبيعني ثوبك بكذا؟ فيقول: بعتكه فلا يصح عندهما[4].

والأصل في ذلك كله الآيتان المتقدمتان: ﴿ وأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ وقوله تعالى: ﴿ إلاَّ أن تَكُونَ تِجَارَةً عن تراضٍ مِنكُم ﴾.

والاختلاف الذي وقع بين الأئمة في بعض المسائل إنما هو في صيغ التراضي.

* * *

(١) الشرح الصغير ٣/١٥ ـ ١٦ ومختصر خليل ص ١٦٨.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٥/٥ ـ ٦.

(٣) الهداية ٣/٢١.

(٤) المجموع ٩/١٦٥ ـ ١٦٩، والمغني ٣/٥٦١.

وَشَرطُ صحَّةِ العاقد التمييزُ، وإنما يلزَم من مكلَّفٍ غيرِ محجورٍ، فإن أجاز الولي لزمَ. وللمكرَه عليه ظلماً أخذُه إن تمكَّن، ويَرُدُّ الثمن إن قبضَه هُو.

* * *

يعني أن العاقد بائعاً كان أو مشترياً يشترط في صحة عقده أن يكون مميزاً ـ وتقدم أن المميز هو الذي إذا خوطب بشيء من مقاصد العقلاء فهمه وأجاب عنه ـ فلا ينعقد البيع من غير مميز لصغر أو إغماء أو جنون اتفاقاً، ولا ينعقد من غير مميز بسبب سكر على المشهور[1].

ويشترط في لزوم البيع تكليف ورشد وعدم حجر فإن وقع من محجور عليه كصبي مميز أو سفيه، وأجازه الولي لزم وإلا فسخ[2].

وبه قال أبو حنيفة وأحمد في أصح روايتيه[3]. وقال الشافعي: لا يصح تصرف الصبي المميز ولو بإذن الولي[4].

والأصل في عدم انعقاد البيع من غير المميز وفي عدم لزوم بيع المحجور بغير إذن وليه قوله تعالى: ﴿ فإن كَان الذِي عليهِ الحَقُّ سَفِيهاً أو ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أنْ يمِلَّ هُوَ فَلْيُملِلْ وَلِيُّه بِالعدْلِ ﴾[5].

قال ابن عطية: «السفيه: المهلهل الرأي في المال الذي لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء منها». قال: «وهذه الصفة لا تخلو من حجر أب أو وصي وذلك هو وليه». ثم قال: «والضعيف هو المدخول في عقله الناقص

(١) شرح الزرقاني على خليل ٥/٧ ـ ٨.
(٢) المرجع السابق.
(٣) اللباب ٢/٦٦ ـ ٦٧، والمغني ٤/٢٧٢.
(٤) المجموع ٩/١٥٨.
(٥) البقرة (٢٨٢).

الفطرة. وهذا أيضاً قد يكون وليه أباً أو وصياً، والذي لا يستطيع أن يمل: هو الصغير ووليه: وصيه أو أبوه»[1] اهـ. وعلى ذلك الإجماع، قال ابن حزم: «واتفقوا أن بيع الذي ليس في عقله بغير السكر باطل، وأن ابتياعه كبيعه في كل ذلك»[2].

وقوله: ««وللمكرَه عليه ظلماً. .» إلخ يعني أن من أُكره على بيع سلعته ظلماً أو ظُلم بمال أدّاه إلى بيع السلعة ـ فله أخذها. ممّن بيعت له إن قدر على أخذها، ويرد لمشتريها الثمن إن كان قبضه هو، وأما إن قبضه الظالم فإنه يتعلق بالظالم.

والأصل في ذلك الآية المتقدمة: ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ وقوله ﷺ: «إنما البيع عن تراضٍ». رواه ابن ماجه عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً[3].

ولا تراضي مع الإكراه، ويؤيد ذلك حديث: «إن الله تجاوز لي عن أُمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما بإسناد حسن[4].

وبـه قال الشافعي وأحمد[5] . وقال أبو حنيفة: يصحّ بيع المكرَه ويتوقف على إجازة المالك في حال اختياره. قاله في المجموع[6] .

تنبيه: ما الحكم في التسعير؟.

منع كثير من العلماء التسعير اعتماداً على قوله تعالى: ﴿ إلا أن تكون

---

(١) المحرر الوجيز ٢/٣٦٢.
(٢) مراتب الإجماع ص ٨٤.
(٣) سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧.
(٤) المجموع ٩/١٦١.
(٥) المرجع السابق والروض المربع ٢/١٦٤.
(٦) المجموع ٩/١٦١.

تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ وقوله ﷺ: «إنما البيع عن تراضٍ». واعتماداً على حديث أنس رضي الله عنه قال: «قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعِّر لنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المُسعِّر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله، وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال». أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال: حسن صحيح[1].

قال ابن قدامة: «قال ابن حامد: ليس للإمام أن يسعِّر على الناس، بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون، وهذا مذهب الشافعي».

واستدل بالحديث الآنف الذكر قال: «فوجه الدلالة من وجهين: أحدهما أنه لم يسعِّر، وقد سألوه ذلك، ولو جاز لأجابهم إليه، الثاني أنه علّل بكونه مظلمة والظلم حرام، ولأنه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان، كما اتفق الجماعة عليه»[2] اهـ.

وبه قال مالك في أحد قوليه وروى أشهب عنه جوازه نظراً للمصلحة العامة.

وفي الموطإ: «عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مَرَّ بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباً له بالسوق، فقال له عمر بن الخطاب: إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا»[3].

قال الباجي: «والتسعير على ضربين: أحدهما هذا الذي ذكرناه من أن مَن حطّ من سعر الناس أُمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق». قال: «وأما الضرب الثاني من التسعير فهو أن يُحدّ لأهل السوق سعر ليبيعوا عليه فلا يتجاوزونه، فهذا منعه مالك وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله

(١) مختصر سنن أبي داود ٥/٩٢.
(٢) المغني ٤/٢٣٩ - ٢٤٠.
(٣) الموطأ ٢/٦٥١.

والقاسم بن محمد، وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري.

وروى أشهب عن مالك في العتبية في صاحب السوق: يسعر على الجزارين: لحم الضأن ثلث رطل، ولحم الإبل نصف رطل، وإلا أخرجوا من السوق. قال: إذا سُعِّر عليهم قدر ما يرى من شرائهم، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق»[1].

وإذا عملنا بقول مَن أجاز التسعير نظراً للمصلحة العامة فما هي صفته؟ ومَن هم الذين يسعَّر عليهم؟ وما هي السلع التي يتعلق بها التسعير؟

١ ـ صفة التسعير: قال الباجي: «قال ابن حبيب: ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم استظهاراً فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به، قال: ولا يجبرون على التسعير ولكن عن رضا، وعلى هذا أجازه مَن أجازه. ووجه ذلك أن بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعِّر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال الناس»[2].

٢ ـ أما مَن يسعَّر عليهم فهم أهل الأسواق المحلية، فلا يسعَّر على الجالبين إلا أنهم إذا جلبوا ما يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم واستقر أمر أهل السوق على سعر معين يقال لهم: إما أن تبيعوا بالسعر المقرر أو ترفعوا عن السوق.

٣ ـ وأما السلع التي يتعلق بها التسعير فهي ما يكال ويوزن كاللحوم

(١) المنتقى ٥/١٧ ـ ١٨.
(٢) المنتقى ٥/١٩.

والخضروات والزيوت والحبوب. . أما غير ذلك فلا يتعلق به التسعير[1].

وقد روى محمد بن الحسن في موطئه أثر عمر المتقدم في شأن حاطب بن أبي بلتعة. فقال: «وبهذا نأخذ؛ لا ينبغي أن يسعَّر على المسلمين فيقال لهم بيعوا كذا وكذا، وبكذا وكذا ويجبرون على ذلك، وهو قول أبي حنيفة والعامة من فقهائنا»[2].

وعزا ابن تيمية لأبي حنيفة جواز التسعير إذا تعلق به حق ضرر العامة[3].

واختار ابن تيمية نفسه ذلك قال: «وأما إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بالتسعير العادل سُعِّر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط»[4].

قلت: وعليه فإن التسعير إذا نفذ بالأسلوب الذي ذكر الباجي آنفاً ـ يعتبر أمراً لا مناص منه في الكثير من البلاد في الوقت الحاضر، لأنه يجمع بين مصلحة الباعة والمستهلكين برضا الجميع، والله أعلم.

* * *

وَحرُم بيعُ مسلمٍ ورَقيقٍ صغيرٍ ومجوسيٍّ ومُصحفٍ وكتبِ حديثٍ ـ لِكافرٍ، ويُجْبَر على إخراجِه عَن مُلكِه.

* * *

يعني أن الرقيق المسلم والرقيق الصغير الكتابي أو المجوسي، والرقيق المجوسي الكبير ـ لا يجوز بيعهم لكافر. والأصل في منع بيع المسلم

(١) المرجع السابق.

(٢) موطأ الإمام مالك برواية محمد ص ٢٧٩.

(٣) فتاوى شيخ الإسلام ٢٨/١٠١.

(٤) المرجع السابق ٢٨/١٠٥.

للكافر قـوله تعالى: ﴿ ولَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾[1].

قال ابن العربي في عرضه لبعض أوجه تفسير هذه الآية: ﴿ إن اللَّه سبحانه لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً بالشرع، فإن وجد ذلك فبخلاف الشرع. ونزع بهذا علماؤنا في الاحتجاج أن الكافر لا يملك العبد المسلم، وبه قال أشهب والشافعي، لأن الله سبحانه نفى السبيل للكافر عليه، والملك بالشراء سبيل، فلا يشرع ولا ينعقد بذلك.

وقال ابن القاسم عن مالك ـ وهو قول أبي حنيفة ـ إن معنى: ﴿ لن يَجْعَل اللَّه لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ في دوام الملك». قال: «ويحكم عليه ببيعه» اهـ. ونحوه في المجموع[2].

وقول ابن القاسم هو مشهور المذهب[3]. وعليه درج المصنف رحمه الله. وبالقول الأول قال أحمد؛ أي أن البيع غير صحيح[4]. فعلى قول أشهب والشافعي وأحمـد يفسخ البيع ويرد الرقيق المسلم إلى بائعه. وعلى قول ابن القاسم ـ المشهور في المذهب ـ وقول أبي حنيفة فإن البيع ماضٍ مع المنع، لكن يجبر الكافر على إخراج الرقيق المسلم عن ملكه بأي طريقة.

وكذلك الشأن في الصغير غير المسلم والمجوسي فإن بيعهما للكافر حرام ويمضي، لكن يجبر الكافر على إخراجهما عن ملكه.

والعلّة في منع بيعهما للكافر أنهما يجبران على الإسلام بمجرد امتلاك المسلم لهما.

وقـولـه: «ومصحف وكتب حـديث..» يعني أن المصحف وكتب الحديث يمنع بيعهما لكافـر لأن الكافـر نجَس والمصحف لا يمسه إلا

---

(١) النساء ١٤٠.

(٢) أحكام القرآن ١/٥١٠، والمجموع ٩/٣٥٩ ـ ٣٦٠.

(٣) الشرح الصغير ٣/٢٠..

(٤) الروض المربع ٢/١٩٠.

المطهرون. ففي الموطإ وغيره أنه جاء في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم: «لا يمس القرآن إلا طاهر»[1].

وفي الموطإ والصحيحين عن ابن عمر قال: «كان رسول الله ﷺ ينهى: أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن يناله العدو». هذه رواية مسلم وبزيادة: «مخافة أن يناله العدو»، وجاءت الزيادة في الموطإ منسوبة لمالك[2].

قال الباجي: «يريد أهل الشرك» لأنهم ربما تمكنوا من نيله والاستخفاف به»[3].

وألحق به العلماء كتب الحديث والفقه.

* * *

وَشَرطُ صحةِ المَعقودِ عليه طهارةٌ، فلا يَجوزُ بيعُ النَجسِ وَرُخِصَ في الزِّبلِ لِلضَّرورةِ، بخلافِ المُتَنجِّس مما يقبلُ التطهير مَع البيانِ، والانتفاعُ بهِ شرعاً لا كآلةِ لهوٍ، وَمَا لا تُدركهُ الذَّكاةُ من مأكولِ اللَّحمِ أو بَلغَ السِّيَاقَ من غيرِه.

* * *

يعني أنه يشترط في صحة عقد البيع ـ أن يكون المعقود عليه طاهراً أصلاً ولم يطرأ عليه نجس، أو طرأ عليه وكان يقبل التطهير كثوب مع وجوب بيان ذلك عند البيع سواء كان الغسل يفسده أم لا، كان مشتريه مصلياً أم لا، فإن لم يبين وجب للمشتري الخيار[4].

(١) الموطأ ١/١٩٩.

(٢) الموطأ ٢/٤٤٦، وصحيح البخاري ٣/١٠٩٠، وصحيح مسلم ٣/١٤٩١.

(٣) المنتقى ٣/١٦٦.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣/١٠.

وعليه فإنه لا يجوز بيع النجس كالخمر والميتة والدم والعذرة ونحوها، ورخص في أرواث الدواب للضرورة على خلاف سيأتي بيانه إن شاء الله. كما لا يجوز بيع متنجس لا يقبل التطهير كزيت ونحوه من المائعات التي تحل فيها النجاسة.

والأصل في ذلك ما أخرجه الشيخان عن جابر أن النبي ﷺ قال: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام». فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويَستصبِحُ بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام». ثم قال رسول الله ﷺ: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه»[1]. وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك[2]. كما حكاه ابن رشد، قال في المقدمات: «فأما ما لا يصح ملكه فلا يجوز بيعه بإجماع كالحر والخمر والخنزير والقرد والدم والميتة وما أشبه ذلك»[3].

أما الترخيص في الزبل النجس للضرورة فهو أحد أقوال ثلاثة في المذهب، أحدها المنع مطلقاً، وثانيها الجواز مطلقاً، وثالثها الجواز للضرورة وعليه اقتصر ابن عاصم في التحفة قال:

«وَنَجَسٌ صَفْقَتُهُ مَحْظُورَهْ وَرَخَّصُوا في الزِّبْلِ لِلضَّرورَهْ

ذكر ذلك البناني في حاشيته وعقب عليه بقوله: «وهو الذي بِه العمل عندنا للضرورة»[4].

وقوله: «والانتفاع به شرعاً..» إلخ يعني أنه يشترط في المبيع ثمناً كان أو مثمناً أن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً حالاً أو مآلاً ولو قل كتراب، لا إن

(١) زاد المسلم ١/٦٠.
(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٩٠.
(٣) المقدمات مع المدونة ٣/٢٠٢.
(٤) شرح الزرقاني على خليل ٥/١٦.

كان غير منتفع به، أو كان الانتفاع به غير شرعي كآلة لهو من مزمار ونحوه.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ ﴾ الآية[1]. قال القرطبي: «روى سعيد بن جبير عن أبي الصهباء البكري قال: سئل عبد الله بن مسعود عن قوله تعالى: ﴿ ومن الناس مَن يشتري لهو الحديث ﴾ فقال: الغناء والله الذي لا إله إلا هو، يرددها ثلاث مرات» قال: «وقال الحسن: لهو الحديث: المعازف والغناء»[2].

وفي صحيح البخاري عن أبي عامر أو أبي مالك الأشعري أن النبي ﷺ قال: «ليَكُونَنَّ منْ أُمتي أقوام يستَحِلُّون الحِر والحرير والخمر والمعازف»[3].

فهذا الحديث صحيح متصل الإسناد وصريح في تحريم المعازف وهي آلات الملاهي، وقيل أصوات الغناء، ذكره في الفتح قال: «ووقع في رواية مالك بن أبي مريم: تغدو عليهم القيان وتروح عليهم المعازف»[4].

وقال ابن حزم إنه منقطع ظناً منه أن البخاري لم يلق هشام بن عمار الذي عزا الحديث له بصيغة الماضي فقال في أول إسناد الحديث: «قال هشام بن عمار حدّثنا صدقة بن خالد..» ثم ساق الحديث متصلاً إلى رسول الله ﷺ.

وهذا النوع من الإسناد صحيح لا تعليق فيه لأن هشام بن عمار من شيوخ البخاري وإذا عزا له بقال فلا مطعن في ذلك. قال العراقي في ألفيته:

«وإن يكن أولُ الإسناد حُذِفْ ... معْ صِيغة الجزم فتعليقاً عُرِفْ
ولو إلى آخره أما الذي ... لشيخه عزا بقال فكَذِي
عَنْعَنَةٍ كخبر المعازِف ... لا تُصْغ لابن حزم المخالف»[5]

(١) لقمان ٦.
(٢) تفسير القرطبي ١٤/ ٥٢.
(٣) صحيح البخاري ٥/٢١٢٣.
(٤) فتح الباري ١٠/٤٨.
(٥) التبصرة والتذكرة ١/٧٥.

ومعنى الأبيات أن الحديث المعلق هو ما حذف من أول إسناده راوٍ فأكثر وعُزِي لمن بعده بصيغة الجزم، كأن يقول البخاري: قال مالك أو قال نافع أو قال ابن عمر، أو قال رسول الله ﷺ. أما إذا عزا بلفظة قال لشيخه كهشام بن عمار فإن الحديث يكون بمثابة المُعنعن أي عن فلان عن فلان، وذلك إسناد متصل إن كان من غير مدلس، وإن البخاري بعيد من التدليس، وكما أن العراقي رد على ابن حزم في قوله بانقطاع الحديث فإن ابن الصلاح رد عليه أيضاً فقال: «ولا التفات إليه في ردّه ذلك..» قال: «والحديث صحيح معروف الاتصال بشرط الصحيح»[1].

وقد أجاز ابن العربي الغِناء ولو بآلة لهو من مزمار ونحوه ذكر ذلك في العارضة عند حديث: «لا تبيعوا القينات ولا تشتروهنّ ولا تعلموهنّ، ولا خير في تجارة فيهن، وثمنهنّ حرام، في مثل هذا أنزلت هذه الآية:﴿ ومن الناس مَن يشتري لهو الحديث ليضلّ عن سبيل الله﴾ إلى آخر الآية. أخرجه الترمذي وذكر أن بعض رواته ضعيف[2].

قال ابن العربي: «فأما منع بيع المغنية فينبني على أن الغناء حرام أو حلال، وليس الغناء بحرام، فإن النبي ﷺ قد سمعه في بيته وبيت غيره، وقد وقف عليه في حياته، وإن زاد فيــه أحد على ما كان في عهد النبي ﷺ عوداً يصوت عليه نغمة فقد دخل في قوله: مزمار الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال: «دعهما فإنه يوم عيد».

وإن اتصل نقر طنبور فلا يؤثر أيضاً في تحريمه، فإنها كلها آلات تتعلق بها قلوب الضعفاء وللنفس عليها استراحة، وطرح لثقل الجد الذي لا تحمله كل نفس ولا يتعلق به قلب، فإن تعلقت به نفس فقد سمح الشرع لها فيه»[3] اهـ.

---

(١) المرجع السابق ١/٧٩ ـ ٨٠.

(٢) سنن الترمذي ٢/٣٧٥.

(٣) عارضة الأحوذي ٥/٢٨٢.

والحديث الذي أشار إليه هو ما أخرجه الشيخان عن عائشة رضي الله عنها قالت: «دخل أبو بكر وعندي جاريتان من جواري الأنصار تغنيان بما تقاولت الأنصار يوم بُعاث، قالت: وليستا بمغنيتين، فقال أبو بكر: أمزامير الشيطان في بيت رسول الله ﷺ، وذلك في يوم عيد، فقال رسول الله ﷺ: «يا أبا بكر، إن لكل قوم عيداً وهذا عيدنا»[1].

والمزامير جمع مزمار، وأصله الصوت بالصفير، والزمير: الصوت الحسن، وهو أيضاً الغناء. قاله عياض[2]. ومعنى هذا أنها ليست مزامير ذات أوتار.

ومعنى: «وليستا بمغنيتين» أي ليستا ممّن يتغنى بعادة المغنيات من التشويق والهوى والتعريض بالفواحش، والتشبيب بأهل الجمال وما يحرّك النفوس ويبعث الهوى. قاله النووي [3].

قال المازري: «الغناء بآلة ممنوع وبغيرها كرهه مالك والشافعي، ومنعه الحنفيـة»[4] اهـ. ومثله للنووي في المنهاج. وبه قال أحمد، أي أن الغناء مكروه إذا كان بغير آلة. ومحرم إذا كان بها[5].

ومشهور مذهبنا أن الغناء مكروه إذا لم يكن بآلة أوتار ولم يكن بكلام قبيح ولم يحمل على قبيح كتعلق بأجنبية وإلا منع[6].

قلت: وهل ما يخرج في التلفزة والمذياع من الأغاني له حكم ما تقدم في الغناء؟

---

(١) صحيح البخاري ١/٣٢٤، وصحيح مسلم ٢/٦٠٧

(٢) إكمال الإكمال ٣/٤٠ ـ ٤١.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٦/١٨٣.

(٤) إكمال الإكمال ٣/٤٠.

(٥) مغني المحتاج ٤/٤٢٨ ـ ٤٢٩، والمغني ٩/١٧٣ ـ ١٧٥.

(٦) حاشية الدسوقي ٤/١٦٦.

الظاهر لي أن التلفزة تجمع بين ثلاثة أشياء، ففيها تبرز صور الفتيات المغنيات وهنّ كاشفات رؤوسهنّ وصدورهنّ، يردِّدن الغناء على أصوات المزامير وفي ذلك الجمع بين النظر إلى عورة المرأة والاستماع إلى صوتها وصوت المزامير.

ولا شك أن النظر إلى عورة المرأة محرم، والنظر إلى صورتها في التلفزة لا يختلف عن النظر إلى العورة في المرآة وذلك حرام على المشهور.

فقد أنكر الفقهاء على ابن العربي قوله: «ويثبت الإنبات بالنظر لمرآة تسامت محل النبت، بأن تكشف عورته ويستدبره الناظر فينظر في المرآة» اهـ. نقله عق.

وقال: إن ابن عرفة وعز الدين وغيرهما أنكروا ذلك وقالوا: هو كالنظر إلى العورة عينها وسلمه محشوه بالسكوت[1].

فإذا كان الشرع لا يسمح بالنظر إلى العورة عن طريق المرآة في مسألة تتعلق بها أحكام الشرع، فكيف يسمح بذلك في أباطيل لا تدعو إليها أي حاجة أُخروية ولا دنيوية.

ومعنى هذا أن التلفزة فيها كثير من الأخطار مثل ما ذكرنا، ومثل الأفلام السيئة التي تغري بالفاحشة وغيرها!

وفيها أيضاً بعض الفوائد كالأنباء والدروس الفقهية وغيرها من علوم الشرع، وقصص التاريخ وسِير الصحابة والعلماء، إذا أُخرج ذلك بشكل لا ريبة فيه، وعليه فإنها سلاح ذو حدّين.

فلنبتعد عن الأخطار ولنتمسك بما هو مفيد مع كامل الحذر.

أما الإذاعة غير المرئية فلا شك أن السماع فيها أخفّ من السماع في المرئية، وقد اختلف علماؤنا في شأنها فمنهم مَن جعل السماع فيها كالسماع

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٢٩١/٥.

من المغنيـن والمغنيـات أنفسهم مع مـا لهم من آلات لهو، وهـذا هو الظاهر لي، ومنهم مَن توقف كالعلّامة الشيخ المختار بن حامد الديماني الشنقيطي، فقال من قصيدة له في هذا الموضوع:

«وَظِلُّ ذَا الصوتِ في المِذياع مسألةٌ   لا نصٌ في حكمها للسَّادة الفُضلا
وليس يقـطَعُ بـالتحـريم ذو وَرَعٍ   ولا بحِـلٍّ لما لا نصَّ فيـه جَلَا»

وإذا لم يكن في هذه المسألة نص بالمنع ولا بغيره فإن تركها أولى وأسلم في الدين.

ثم إن بيع أشرطة التسجيل والأفلام يخضع لما سجل فيهما فإن كان محرماً حرم بيعه، وإن كان جائزاً جاز بيعه. والله أعلم.

وقوله: « ومـا لا تدركه الذكاة من مأكول اللحـم » إلخ. يعني أن ما أشرف على الهلاك من مباح الأكل كالغنم والإبل والبقر يحرم بيعه حيث لا تدرك ذكاته لعدم الانتفاع به، إذ لا فرق بينه وبين الميتة التي تقدم الدليل من النص على منع بيعها.

وكذلك ما أُيس من حياته من محرم الأكل كالحمار الأهلي ولو أدرك حيّاً، لأن الذكاة لا تفيد فيه، فلا نفع فيه إطلاقاً فلا يجوز بيعه، وقد تقدم الكلام على ذلك في باب المباح والله أعلم.

* * *

وَقُدرةٌ على تَسليمِه، لا كآبقٍ ومَغصوبٍ إلا مِنْ غَاصبٍ مَكّنَ من ردِّه، وَعَدمُ جهلٍ بِه، لا كتُرابِ صائِغٍ وَرِطلٍ من شاةٍ قبل السَّلخِ.

* * *

يعني أنه يشترط في المعقود عليه أن يكون مقدوراً على تسليمه وتسلُّمه،

فلا يجوز بيع آبق وبعير شارد ونحوهما من كل ما لا يُقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء. ولا يجوز بيع مغصوب لعدم قدرة البائع على تسليمه، إلا إذا ردّه غاصبه إلى ربه، وكذلك إذا عزم على ردّه فيجوز شراؤه[1].

ويشترط في المعقود عليه عدم جهله من قِبل البائع والمشتري أو أحدهما فإن جُهل الثمن أو المثمن لم يجز البيع كتراب صائغ وعطار ونحوهما من كل صنعة يختلط بها التراب ويصعب تخليصها منه[2].

ولا يجوز بيع رطل أو أرطال من شاة أو بقرة أو بعير قبل أن تسلخ سواء وقع العقد قبل الذبح أو بعده، للجهل بصفة اللحم جودة ورداءة، أما بعد السلخ فيجوز ذلك لانتفاء الجهل.

والأصل في ذلك كله ما رواه مسلم «عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»[3].

وأخرج مالك نحوه مرسلاً عن سعيد بن المسيب[4].

قال المازري: «وعلة المنع من بيع الغرر أنه من أكل المال بالباطل على تقدير أن لا يحصل المبيع، وقد نبّه ﷺ على هذه العلة في بيع الثمار قبل بدو الصلاح بقوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبِمَ يأخذ أحدكم مال أخيه». نقله الأبي. ونقل عنه قوله: «وبيع الغرر ما تردد بين السلامة والعطب»[5].

وقال الباجي: «نهيه ﷺ عن بيع الغرر يقتضي فساده، ومعنى بيع الغرر ـ والله أعلم ـ ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر،

---

(١) الشرح الصغير ٣/٢٢ ـ ٢٥.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٥/٢٤.
(٣) مختصر صحيح مسلم ص ٢٥٠.
(٤) الموطأ ٢/٦٦٤.
(٥) إكمال الإكمال ٤/١٧٦.

فهذا الذي لا خلاف في المنع منه، وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر في فساد عقد بيع ، لأنه لا يكاد يخلو عقد منه»[1].

ولا خلاف بين الأئمة الأربعة في منع بيع الغرر إذا كان الغرر فيه ظاهراً يمكن الاحتراز عنه[2].

قلت: وعلى هذا فإن عقد التأمين الذي تعمله اليوم شركات التأمين التجاري يعتبر محرماً لما فيه من الغرر الفاحش سواء كان على السيارات أو الطائرات أو البواخر وغيرها، لأن المؤمَّن له قد لا يحتاج لشيء من المؤمِّن فيذهب ما دفع سُدى، وقد يحتاج إلى أقل مما دفع وقد يحتاج إلى أضْعاف ما دفع، وهذا هو الغرر بعينه. وإذا اضطر إنسان لسيارة ونحوها وتوقف أمنه أو أمنها عليه، ولم يجد لها تأميناً بوجه شرعي، فإن ذلك يُنظر إليه من باب ما تبيحه الضرورة، والله أعلم.

* * *

وَعَدمُ نَهْيٍ عَنهُ كَكَلْبِ صَيدٍ، وَيُكْرَهُ الهِرُّ والسَّبُعُ للحم لاَ لِلجِلْدِ.

* * *

يعني أن المعقود عليه يشترط فيه أن لا يكون منهياً عن بيعه، فإن نهي عن بيعه، ككلب فلا يجوز بيعه اتفاقاً إذا كان غير مأذون في اتخاذه، وكذا الكلب المباح اتخاذه ككلب صيد وحرث وماشية فلا يجوز بيعه على المشهور، إلا أن مَن قتله تلزمه قيمته[3]. لما رواه الطحاوي: «عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: عبدالله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً، وقضى في كلب ماشية بكبش»[4].

وقال سحنون وابن كنانة: يجوز بيعه أي المأذون في اتخاذه. وبه قال

(١) المنتقى ٤١/٥.

(٢) المجموع ٢٥٨/٩، والمغني ٢٢١/٤ - ٢٢٢.

(٣) شرح الزرقاني على خليل ١٧/٥، والمنتقى ٢٨/٥.

(٤) شرح معاني الآثار ٥٨/٤.

أبو حنيفة[1]. وقال الشافعي: وأحمد: لا يجوز بيعه، ولو أذن في اتخاذه. ولا قيمة على مَن أتلفه[2].

ودليل مشهور مذهبنا ومذهبي الشافعي وأحمد ما أخرجه مالك والشيخان: «عن أبي مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن». زاد مالك: «يعني بمهر البغي ما تُعْطاه المرأة على الزِّنى، وحلوان الكاهن: رشوته، وما يعطى على أن يتكهن[3].

قال مالك: أكره ثمن الكلبِ الضاري وغير الضاري، لنهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب»[4].

ومن أدلة منع بيعه عند الشافعي وأحمد نجاسته، لأن الكلب نجس عندهما كما تقدم في كتاب الطهارة.

ودليل مَن قال بجواز بيع كلاب الصيد والماشية ونحوها ـ ما في صحيح مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «مَن اقتنى كلباً إلا كلب ماشية أو كلب صيد ـ نقص من عمله كل يوم قيراط»[5].

قال الباجي: «فأباح اتخاذ ما استثنى منها وإذا أباح اتخاذه جاز بيعه كسائر الحيوان»[6].

وقوله: «ويكره الهر والسبع للحم لا للجلد» يعني أنه يكره بيع الهر والسبع لأكل لحمهما وحده أو أكل لحمهما والانتفاع بجلدهما معاً. أما إن اشتُري الهر أو السبع للانتفاع بجلدهما فقط فلا كراهة في بيعهما ولا في

---

(1) المنتقى ٥/٢٨، والهداية ٣/٧٩.
(2) المجموع ٩/٢٢٥ ـ ٢٢٨، والمغني ٤/٢٧٨ ـ ٢٧٩.
(3) الموطأ ٢/٦٥٦ ـ ٦٥٧ وإحكام الأحكام على عمدة الأحكام ٣/١٣٤.
(4) المرجع السابق.
(5) صحيح مسلم ٣/١٢٠٢.
(6) المنتقى ٥/٢٨.

شرائهما، لأن الانتفاع بجلدهما لا خلاف في جوازه عندنا، وقد تقدم الدليل على كراهة لحوم السباع في مشهور المذهب، كما تقدم الدليل على منع لحومها وهو قول قوي في المذهب كما تقدم في باب المباح.

* * *

ويجوزُ بيع ترابِ معدنِ نقدٍ وجملةِ شاة قبل السَّلخِ وحنطةٍ في سنبلٍ أو تِبنٍ إن يبِس ووقع البيعُ على كيلٍ أو وزنٍ.

* * *

يعني أن معدن النقد ذهباً كان أو فضة ـ يجوز بيع ترابه. لما في المدونة: «قلت لمالك: فتراب الذهب والورق أيُباع؟ قال: لا بأس بذلك أن يباع تراب الذهب بالورق وتراب الورق بالذهب، فقيل له: إنه غرر: لا يعرف ما فيه، هو مختلط بالحجارة، فقال: قد عرفوا ناحيته وحَزْرَه، فلا أرى به بأساً»[1] اهـ.

والفرق بين تراب المعدن وتراب الصائغ هو كثرة الغرر في تراب الصائغ وقلته في تراب المعدن، فمنع في الأول وجاز في الثاني، لأن الغرر الكثير هو الذي يتناوله النهي الوارد في حديث: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وبيع الغرر». وتقدم تخريجه عن أبي هريرة عند مسلم موصولاً، وعند مالك مرسلاً عن سعيد بن المسيب[2].

وقوله: «وجملة شاة قبل السلخ» يعني أنه يجوز بيع شاة مذكاة قبل سلخها بأكملها، لا أرطال منها كما تقدم.

والأصل في ذلك ما في العتبية: «لا بأس ببيع الشاة المذبوحة ولم

---

(١) المدونة ٣/٢١٦.

(٢) مختصر صحيح مسلم ص ٢٥٠، والموطأ ٢/٦٦٤.

تسلخ، إذا بيعت على حالها، وإن كان إنما ابتاع أرطالاً ثم توزن وتسلخ، فلا خير فيه»[1].

قال محمد بن رشد: «هذا بيِّن على ما قال، لأن الشاة المذبوحة غير المسلوخة، وإن كان لها حكم اللحم في أنه لا يجوز بيعها بشيء من الطعام إلى أجل، ولا باللحم إلا مثلاً بمثل على التحرّي - فيجوز بيعها بالدنانير والدراهم والعروض نقداً وإلى أجل، ولا يكون ذلك من بيع اللحم المغيب».

قال: «وأما شراء أرطال منها قبل أن تسلخ فهو بيع اللحم المغيَّب، والأصل في هذا أن كل ما يدخل بالعقد في ضمان المشتري فليس من بيع اللحم المغيب، وما لا يدخل بالعقد في ضمانه حتى يوفّى إياه فهو بيع اللحم المغيب»[2] اهـ.

وقوله: «وحنطة في سنبل أو تبن..» إلخ يعني أنه يجوز بيع قمح في سنبله بعد يبسه قبل حصاده أو بعده، وكذلك في تبنه بعد درسه فيجوز بيعه، ومثله غيره من الحبوب - إن بيع بكيل أو وزن في الجميع ولم يتأخر تمام حصده ودرْسه عن خمسة عشر يوماً، لا بيعه جزافاً فلا يجوز إلا إذا بيع بقته وتبنه، وكان مما يمكن حزره حسبما سيأتي[3].

وكيفية بيعه بالكيل أن يقول: بعتك جميع حب هذا، كل صاع أو وسق أو إردب بكذا أو بعتك منه كذا كل صاع.. بكذا أو كل وسق بكذا إن كان الحب يفي بذلك.

ويجوز بيع قت من قمح جزافاً، والقت هو: (حزم السنبل) فيجوز بيعه جزافاً إن جعلت رؤوس السنبل في جهة واحدة لإمكان حزره[4]. ومثل القمح

---

(١) البيان والتحصيل ٣١/٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الشرح الصغير ٣٣/٣.

(٤) منح الجليل ٤٨٩/٢.

الشعير والدُخن ونحوهما من كل ما ثمرته في رأسه بخلاف ما كانت ثمرته في ساقه أو قصبه كالذرة البيضاء والفول، وبخلاف ما كان منفوشاً من السنبل، وهو ما جعلت رؤوسه في جهات مختلفة، فلا يجوز بيعه جزافاً لعدم إمكان حزره[1].

ومفهوم قوله: «إن يبس..» أن الحب لا يجوز بيعه قبل يبسه سواء بيع بكيل أو وزن.

والأصل في ذلك ما في صحيح مسلم: أن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيضّ ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»[2].

ومعنى «يبيض» يشتد حبه، ومعنى «يزهو» يحمرّ ويصفرّ وهو بدو الصلاح فيهما[3].

قال عياض: «فرّق ﷺ فأجاز بيع الثمار بأول الطيب، ولم يجزه في الزرع حتى يتم طيبه، لأن الثمار تؤكل غالباً من أول الطيب، والزرع لا يؤكل غالباً إلا بعد الطيب»[4].

وبه قال الثلاثة في ذلك كله، إلا أن الشافعي ـ في الصحيح من مذهبه ـ لا يجوز عنده بيع القمح في سنبله، لأن حبّه لا يرى في السنبل، أما الدخن والشعير ونحوهما فاتفق مع الثلاثة على جواز بيعها في سنبلها، لأن حبها يرى في السنبل قاله في المجموع[5].

* * *

---

(١) المرجع السابق.

(٢) صحيح مسلم ٣/١١٦٥ ـ ١١٦٦.

(٣) إكمال الإكمال ٤/٢٠٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المجموع ٩/٣٠٧ ـ ٣٠٨.

وجَازَ بَيْعُ كلِّ الصُّبْرَة أو الشُّقَّةِ عَلى أنَّ كُلَّ صَاعٍ أو ذِراعٍ بكذا إذا عَيَّن قدراً يَتَحَصَّل.

* * *

يعني أنه يجوز بيع صبرة من قمح أو ذرة أو غيرهما على أن كل مد أو صاع أو قفيز بكذا، حيث أُريد جميع ما في الصبرة أو أُريد منها قدر يحصل منها كخمسة آصع أو عشرة، لأنه إذا جهل مجمل الثمن في البداية فإنه يعلم بالتفصيل في النهاية، وجهل الجملة لا يضر إذا علم التفصيل.

وكذلك الشأن في المقيسات والموزونات ككل ذراع من شقة بكذا، أو كل رطل من قلة زيت بكذا إن أُريد الكل أو أُريد بعض معين يتحصل من الشقة أو القلة[1].

ومثله لأحمد والشافعي، خلافاً لأبي حنيفة دون صاحبيه. قال ابن قدامة عند قول الخرقي: «وإذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز» ما نصه: «وجملة ذلك أنه إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يصحّ في قفيز واحد ويبطل فيما سواه، لأن جملة الثمن مجهولة فلم يصح». ثم أيد كلام الجمهور: «بأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع، فصحّ كالأصل المذكور، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة وجاء النبي ﷺ بالتمر» قال: «ولو قال بعتك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال: عشرة أقفزة وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح»[2].

ومثله في المجموع[3]. وقال القدوري: «ومن باع صبرة طعام كل قفيز

(١) حاشية الدسوقي ٣/١٧.
(٢) المغني ٤/١٤٢ - ١٤٣.
(٣) المجموع ٩/٣٠٩ - ٣١١.

بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمي جملة قفزانها».
قال في اللباب: «وقالا يجوز في الوجهين وبه يفتى». قال: «وظاهر الهداية ترجيح قولهما»[1]. يعني أبا يوسف ومحمداً.

* * *

وَبَيْعُ المَرْئِيِّ جزافاً إن استَوتْ أرْضُه وجَهلاَهُ وحزَرَاه، ولم يَكْثُر جِدًّاً وَشقّ عَدُّ ما يُعدُّ ولم تُقصَد أفرادُه إلا أن يَقِلَّ ثمنُها كرُمَّانٍ. وَعِلْمُ أحدِهما بعِلم الآخر مُفسِدٌ، وبعده مُوجِبٌ لخيارِه.

* * *

يعني أنه يجوز بيع المرئي جزافاً والجزاف بتثليث الجيم: لفظ فارسي معرب، وهو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عد[2]. وفي حدود ابن عرفة قال: «بيع ما يمكن علم قدره دونه» وقال في تعريف شرطه: «جهل العاقدين قدر كيل المبيع أو وزنه أو عدده»[3].

والأصل فيه المنع لكن رخص فيه للضرورة بشروط تجعل الغرر فيه يسيراً وهذه شروطه السبعة:

أولاً: أن يكون مرئياً حال العقد أو قبله واستمر على حاله.
لا إن لم ير فلا يجوز بيعه جزافاً وإن كان غير المرئي مِلء ظرف فارغ من قمح ونحوه، إلا في نحو قربة ماء وسلة زبيب ونحوهما مما جرى العرف بأن ضمانه من بائعه إذا انشق قبل

(١) اللباب ١/٢٣١.
(٢) اللسان ٩/١٧، والقاموس ٣/١٢٣.
(٣) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٤٠.

تفريغه، فيجوز شراء مثله فارغاً وملئه ثانياً بعد تفريغه، لأن القربة ونحوها بمنزلة المكيال المعلوم.

ثانياً : أن يكون مجهولاً من قبل البائع والمشتري حيث جهلا معاً قدر كيله إنْ كان مكيلاً، أو وزنه إن كان موزوناً، أو عدّه إن كان معدوداً.

ثالثاً : أن يحزراه أي يخمّنا قدره إن كانا من أهل الحزر معاً، وإلا وكّلا مَن يحزر لهما.

رابعاً : أن تكون أرضه مستوية، سواء أكان صبرة أو زرعاً قائماً أو ثمراً على رؤوس الأشجار، فإن لم تستوِ الأرض فسد، وكذلك إذا لم يك الزرع أو الثمر في رؤوس أصله كالفول والذرة البيضاء فلا يجوز بيعه جزافاً لعدم إمكان حزره كما تقدم[1].

خامساً : أن لا يكثر جداً بحيث لا يمكن حزره. أما إن كثر لا جداً وأمكن حزره ـ فيجوز.

سادساً : أن يكون في عدّه مشقة، فإن سهل عدّه لم يجز بيعه جزافاً إن كان معدوداً. أما المكيل والموزون فيجوز بيعهما جزافاً ولو سهل كيلهما ووزنهما.

سابعاً : أن لا تُقصد أفراده، أي آحاده، فإن قصدت كالثياب والدواب لم يجز ما لم يقلّ ثمن الآحاد كالبيض والتفاح والرمّان فيجوز بيعها جزافاً.

وقوله: «وعلمُ أحدهما بعلم الآخر مفسد..» الخ. هذا هو مفهوم قوله: «وجهلاه» فإن علمه أحدهما أي قدر ما بيع جزافاً وعلم الآخر بعلمه وقت العقد فسد البيع، لتعاقدهما على الغرر والخطر، وإن لم يعلم أحدهما بعلم الآخر إلا بعد العقد خير الجاهل منهما، لأن صاحبه دلس له.

قال مالك في الموطإ: «ومن صَبَّر صبرة طعام، وقد علم كيلها ثم باعها

(١) شرح الزرقاني على خليل ٥/٢٩ ـ ٣١.

جزافاً، وكتم المشتري كيلها، فإن ذلك لا يصلح، فإن أحبّ المشتري أن يردّ ذلك الطعام على البائع ردّه بما كتمه كيله وغرّه، وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره، ثم باعه جزافاً ولم يعلم المشتري ذلك، فإن المشتري إن أحبّ أن يردّ ذلك على البائع ردّه، ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك»[1] اهـ.

قال الباجي: «وقوله: «ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك» يريد عن كتمان علمه لما فيه من التدليس بما يوجب الخيار للبائع، ولو أعلمه أنه قد علم بذلك لما جاز له أنْ يبيعه منه جزافاً..»[2] اهـ.

والأصل في جواز بيع الجزاف ما أخرجه مسلم: «عن أبي البختري قال: سألت ابن عباس عن بيع النخل فقال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل وحتى يوزن. قال: فقلت ما يوزن؟ فقال رجل عنده حتى يحزر»[3].

قال الأبي: «وهذا التفسير وإن كان من الرجل فقد أقرّه ابن عباس عليه، وإقراره كقوله»[4].

وفي صحيح مسلم أيضاً «عن عبيد الله بن عبد الله بن عمر أن أباه كان يشتري الطعام جزافاً فيحمله إلى أهله»[5].

* * *

ويجوزُ بيعُ جزافَيْنِ أو مكيلينِ وجزافٌ مع عرضٍ، لا جزافٌ مع مَكيلٍ إلا أن يأتيَ على الأصلِ، وَبيعُ المرهونِ

---

(١) الموطأ ٢/٦٤٧.

(٢) المنتقى ٥/١٠.

(٣) مختصر صحيح مسلم ص ٢٤٦.

(٤) إكمال الإكمال ٤/٢٠٤.

(٥) صحيح مسلم ٣/١١٦١.

موقوفٌ على رِضا المرتهِن، إن لم يُعجِّل الراهنُ الدينَ وهو عينٌ أو مِن قرضٍ.

* * *

يعني أنه يجوز بيع جزافين مطلقاً سواء أتيا على الأصل أو أحدهما، أو لم يأتِ أحدهما على الأصل كقطعة أرض مع قطعة أخرى في عقد واحد بكذا، فإن الجزافين أتيا على أصلهما؛ لأن الأصل في الأرض البيع جزافاً. وقطعة أرض مع صبرة طعام، وكصبرتي طعام بيعتا في صفقة بكذا، وهنا أتى الجزافان على غير أصلهما لأن الأصل في بيع الحب الكيل.

ويجوز بيع مكيلين كوسق من قمح ووسق من أرز في صفقة واحدة، كما يجوز بيع جزاف مع عرض في صفقة، كقطعة أرض أو صبرة حب جزافاً مع دابة ونحوها مما لا يباع جزافاً[1].

وقوله: «لا جزاف مع مكيل..» إلخ يعني أنه لا يجوز بيع جزاف مع مكيل في صفقة واحدة إلا أن يأتي كل منهما على أصله، كقطعة أرض جزافاً وأردب قمح بكذا. لأن الأصل في بيع الأرض الجزاف والأصل في بيع الحب الكيل كما تقدم. أما بيع جزاف حب مع مكيل منه أو جزاف أرض مع مكيل منها فلا يجوز، سواء كان من جنسه أو لا لخروج أحدهما عن الأصل[2].

ومعرض كلام المصنف في جميع ما تقدم أن يكون الجزافان أو المكيلان أو الجزاف والمكيل في جانب والثمن في جانب آخر، أما بيع جزاف بجزاف فلا يجوز إن كان من جنسه كصبرة قمح بصبرة قمح جزافاً، كما لا يجوز جزاف بمكيل من جنسه كصبرة أرز بوسق منه، وعلة المنع فيهما المزابنة، وهي: بيع مجهول بمجهول أو مجهول بمعلوم من جنسه[3].

(١) حاشية الدسوقي ٣/٢٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) شرح الزرقاني ٥/٣٤ - ٣٥.

والأصل في ذلك ما في الموطإ والصحيحين: «عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة. والمزابنة: اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل، والمحاقلة: كراء الأرض بالحنطة»[1].

وفي الموطإ: «قال مالك: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، وتفسير المزابنة: أن كل شيء من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشيء مسمى من الكيل أو الوزن أو العدد»[2].

وفي صحيح مسلم: «عن جابر بن عبد الله قال: نهى النبي ﷺ عن بيع الصبرة من التمر، لا يعلم مكيلتها بالكيل المسمى من التمر»[3].

أما بيع جزاف بجزاف أو مكيل من غير جنسه فيجوز لأن التفاضل في غير الجنس الواحد جائز إذا كان يداً بيد، كما سيأتي إن شاء الله. ففي الموطإ: «قال مالك: ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة، ولا بأس بصُبرة الحنطة بصبرة التمر يداً بيد، وذلك أنه لا بأس أن يشتري الحنطة بالتمر جزافاً». قال: «فإن دخله الأجل فلا خير فيه»[4].

وقوله: «وبيع المرهون موقوف..» الخ يعني أن بيع الراهن للمرهون موقوف على المرتهن إن شاء أمضاه وإن شاء ردّه، وذلك بأحد الأمور الآتية:

١ - أن يكون الدين مما لا يعجل شرعاً كعرض من بيع، فإن حلّ تعجيله وعجله الراهن فلا كلام للمرتهن، كأن يكون الدين عيناً أو عرضاً من قرض.

٢ - أن يُباع الرهن بأقل من الدين ولم يكمل الراهن للمرتهن دينه، فإن كمله فلا ردّ له.

٣ - أن يُباع الرهن بغير جنس الدين ولم يأت الراهن برهن كافٍ بدل الأول،

---

(١) الموطأ ٢/٦٢٥، وصحيح البخاري ٢/٧٦٣، وصحيح مسلم ٣/١١٧٩.
(٢) الموطأ ٢/٦٢٥.
(٣) مختصر صحيح مسلم ص ٢٤٦.
(٤) الموطأ ٢/٦٤٧.

فإن أتى برهن ثقة بدل الأول فلا رد للمرتهن[1]. ومحل هذا إذا حاز المرتهن الرهن بالفعل وإلا فلا كلام له فيه إن فرط وإلا فتأويلان.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ فرهان مقبوضة ﴾[2]. وعلى ذلك الإجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الراهن ممنوع من بيع الرهن وهبته وصدقته وإخراجه من يد مَن رهنه حتى يبرأ من حق المرتهن»[3].

وبيع ملك الغير موقوف على رضا مالكه وكذلك شراؤه. فله إمضاؤهما وردّهما، فإن أمضى البيع طالب الفضولي فقط بالثمن، لأنه بإجازته بيعه صار وكيلاً له[4].

وبه قال أبو حنيفة في البيع دون الشراء، وقال الشافعي وأحمد: لا يصح بيع الفضولي بحال ولو أجازه المالك ومثله الشراء[5]. واستدلا بحديث «لا تبع ما ليس عندك». أخرجه أصحاب السنن عن حكيم بن حزام مرفوعاً. وحسنه الترمذي[6].

وحجتنا ما أخرجه أصحاب السنن إلا النسائي عن عروة يعني البارقيّ قال: «أعطاه النبي ﷺ ديناراً يشتري به أضحية أو شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار، فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى تراباً لربح فيه». وسكت عنه أبو داود[7]. وحجتنا أيضاً حديث أصحاب الغار وفيه: «اللهم إن كنت تعلم أني استأجرت أجيراً بفرق من ذُرَة»، قال: «فزرعته حتى اشتريت منه بقراً وراعيها». رواه الشيخان، عن ابن عمر مرفوعاً. وترجم له البخاري فقال: «باب إذا اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه فرضي»[8].

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/١٢.

(٢) البقرة ٢٨٣.

(٣) الإجماع لابن المنذر ص ٩٦.

(٤) الشرح الكبير ٣/١٢.

(٥) المجموع ٩/٢٦١، والروض المربع ٢/١٦٥.

(٦) المجموع ٩/٢٥٩.

(٧) مختصر سنن أبي داود ٥/٤٨ - ٤٩.

(٨) صحيح البخاري ٢/٧٧١ وصحيح مسلم ٤/٢١٠٠.

وجاز على رُؤْيةِ بعضِ المثليِّ والصوانِ والبرنامج، فإن غاب عليهِ المشترِي وادَّعى الخُلفَ حَلفَ البائع على الموافقةِ فإن نكل حلف المشتري وردَّ البيع كغائبٍ على دَراهمَ ادعى أنها رَديئةٌ أو ناقصةٌ.

* * *

يعني أنه يجوز بيع أي مثلي برؤية بعضه. والمثلي هو ما حصره كيل أو وزن أو عدّ ولم تختلف أفراده ولم تدخله صنعة عظيمة كقطن وكتان وحب، بخلاف المقوم كحيوان وثياب فلا يكفي رؤية بعضه.

ويجوز البيع على رؤية الصِّوان، بكسر الصاد وضمّها وتخفيف الواو، وهو ما يصون الشيء كقشر الجوز واللوز والفستق.. ولا يلزم كسر بعضه ليُرى ما بداخله[1].

وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وقال الشافعي: لا يجوز بيعه حتى ينزع عنه قشره[2].

ودليل الجمهور هو ما تقدم من حديث ابن عمر عند مسلم من جواز بيع السنبل عندما يبيض وييبس. لأن ذلك من الغرر اليسير وهذا مثله، ولأن في كسر قشره حرجاً على البائع.

وجاز البيع على رؤية البرنامج وهو الدفتر المكتوب فيه ما في العدل (بكسر العين المهملة)، لما في حلّه من الحرج على البائع.

وما في العدل قد يكون قماشاً وثياباً فيكتب عليه نوع الثياب وعدد ما فيها من الأمتار التي هي مقياس الذرع.

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٣٥/٥، والشرح الصغير ٤٠/٣ - ٤١.

(٢) المغني ٤/٤ ١، ومغني المحتاج ٩٠/٢.

وقد يكون شاياً فيكتب فيه نَوع الشاي وعدد ما فيه من الوزن.

فإن غاب المشتري على المبيع وادعى أنه مخالف لما كتب عليه من نوع أو عدد أو وزن.. فإن البائع مصدّق بيمين أن ما في العدل موافق للمكتوب. وإن نكل حلف المشتري وردّ البيع، فإن نكل المشتري صدق البائع بلا يمين.

وقوله: «كغائب على دراهم..» إلخ يعني أن مَن كانت عليه دراهم من دين أو قرض ودفعها لصاحبها أو أقرضها هو لآخر وادعى مَن أخذها بعد أن غاب عليها أنها رديئة أو ناقصة. فإن القول لدافعها بيمين أنه ما دفع إلا جياداً أو كاملة. فإن نكل حلف آخذها على ما ادّعى، وردّها إن كانت رديئة وكملها دافعها إن كانت ناقصة.

والأصل في جواز بيع البرنامج عمل أهل المدينة ففي الموطإ: «قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البزّ ويحضره السُّوام ويقرأ عليهم برنامجه. ويقول: في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا، ويسمّي لهم أصنافاً من البز بأجناسه، ويقول: اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الأعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيَستَغْلُونها ويندمون. قال مالك: ذلك لازم لهم إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه.

قال مالك: وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا، يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقاً للبرنامج، ولم يكن مخالفاً له»[1].

* * *

<u>والبيعُ على الصفةِ وإن من البائِعِ ـ جائزٌ إن غاب عن المجلِسِ أو كان في فتحِه ضررٌ أو فسادٌ، كعلى تقدُّمِ رؤيةٍ لا</u>

(١) الموطأ ٢/ ٦٧٠.

يتغيَّرُ المبيعُ بعدها عادةً، ولم يَبْعد جدّاً كخراسانَ من إفريقية.

* * *

يعني أنه يجوز بيع الغائب على الصفة، إن وصفه غير بائعه، وكذلك إذا وصفه بائعه على المشهور. ومحل جواز بيعه إذا كان غائباً عن المجلس، أما إذا حضر المجلس فلا يجوز بيعه بالوصف بل لا بدّ من رؤيته لتيسّر معرفة الحقيقة، إلا إذا كان في فتحه ضرر للمبيع أو فساد له فيجوز بيعه على الصفة كأن يكون معلباً أو مختوماً، فإن وجده على الصفة لزم البيع، وإن لم يجده عليها ردّه كما تقدم في بيع البرنامج.

وقوله: «كعلى تقدّم رؤية..» يعني أن بيع الغائب يجوز على تقدّم رؤية سابقة للمبيع إن لم يتغير بعدها غالباً وذلك يختلف باختلاف الأشياء فمنها ما هو سريع التغير كالفاكهة، ومنها ما هو بطيئه كالعقار ونحوه.

ومن شروط بيع الغائب ـ سواء استند البيع لوصف أو رؤية سابقة ـ أن لا يبعد جداً بحيث يظن تغيره قبل إدراكه مثل ما بين خراسان وإفريقية، وخراسان إقليم حدوده ما بين العراق والهند، وإفريقية يطلقها العلماء على بلاد تونس وليبيا.

قلت: والظاهر أن المسافة لا تعتبر اليوم لسرعة وسائل النقل إذ باستطاعة المشتري أن يشتري السلعة من إفريقية وهو في خراسان ويراها من الغد إذا تيسر له ذلك مادياً وجسمياً، اللّهمّ إلا إذا كان هناك عائق يعرقل ذلك (كالتأشيرة) بين هذا البلد وذلك، فإن ذلك أصبح حاجزاً بين بعض البلاد الإسلامية حتى بين البلدين المتقاربين.

والأصل في جواز بيع الغائب بالصفة عموم قوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع وحرّم الربا﴾ ولم يرد ما يحرمه من الكتاب والسنّة.

قال ابن رشد: «وبيع السلعة الغائبة على الصفة ـ خارج عمّا نهى عنه النبي عليه الصلاة والسلام من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه،

خلافاً للشافعي في قوله: إن الغائب لا يجوز بيعه على الصفة، لأنه لا عين مرئية ولا صفة مضمونة ثابتة في الذمّة، وخلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنَّ شراء الغائب على الصفة وعلى غير الصفة جائز وللمبتاع خيار الرؤية إذا نظر إليها. وقد روي عن الشافعي مثل هذا القول، والصحيح ما ذهب إليه مالك رحمه الله وجميع أصحابه من أن شراء الغائب على الصفة جائز وذلك للمبتاع لازم إن وجد الغائب على الصفة التي وصف بها، لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف.

قال رسول الله ﷺ: «لا تنعت المرأة المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها»، أو كما قال رسول الله ﷺ»[1].

والحديث الذي أشار إليه أخرجه البخاري ولفظه: «عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها»[2].

قال ابن رشد: «فشبه رسول الله ﷺ المبالغة في الصفة بالنظر»[3].

وما ذهب إليه مالك هو المشهور عند أحمد، قال في المغني: «وإذا وُصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم.

وعن أحمد: لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع، فلم يصح البيع بها كالذي لا يصحّ السلم فيه.

ولنا أنه بيع بالصفة، فصحّ كالسلم، ولا نُسَلِّم أنه لا تحصل به معرفة المبيع، فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً، وهذا

---

(١) المقدمات مع المدونة ٢١٢/٣.

(٢) صحيح البخاري ٢٠٠٧/٥.

(٣) المقدمات مع المدونة ٢١٢/٣ ـ ٢١٣.

يكفي، بدليل أنه يكفي في السلم...»[1].

ثم ذكر ما عزا ابن رشد للشافعي وأبي حنيفة[2].

* * *

وضمانُه من المشتري إن كان عقاراً وأدركتْهُ سالِماً، وإلا فمن البَائعِ، إلا لِشرطٍ فيهمَا.

ويجوز فيه النقدُ تطوعاً، كبِشرطٍ إن كان عقاراً أو قَرُبَ كيومٍ ونحوِه والواصفُ غير البائعِ. وبيعُ الغائب بِالخيار جائزٌ مطلقاً، إلا أن النقدَ فيه مُفْسِدٌ، وإن تطوعاً.

* * *

يعني أن ضمان الغائب المبيع بالوصف أو برؤية سابقة من المشتري، إن كان المبيع عقاراً وأدركته صفقة البيع سالماً، والعقار: هو الأرض وما اتصل بها من شجر وبناء. وإن لم يكن المبيع عقاراً كعرض وحيوان، أو كان عقاراً وأدركته الصفقة غير سالم من عيب ونحوه - فإن ضمانه من البائع. إلا إذا اشترط المشتري أن يكون الضمان على البائع في العقار أو اشترط البائع أن يكون الضمان من المشتري في غير العقار[3].

وقوله: «ويجوز فيه النقد تطوعاً..» إلخ يعني أن المبيع غائباً بوصف أو برؤية سابقة يجوز نقد الثمن فيه تطوعاً، عقاراً كان أو غيره، كما يجوز النقد فيه بشرط، إن كان عقاراً أو كان غير عقار وقرب كيوم ويومين، لا

---

(1) المغني ٥٨٢/٣.

(2) المرجع السابق.

(3) شرح الزرقاني على خليل ٣٨/٥ - ٤٠.

أكثر، لأن العادة عدم التغير في اليومين. ومحل جواز شرط النقد إذا وصفه غير بائعه، وإلا فلا يجوز فيه النقد بشرط.

وهذا كله في بيع الغائب على البت[1].

وقوله: «وبيع الغائب بالخيار جائز. .» إلخ يعني أن السلعة الغائبة يجوز بيعها بالخيار مطلقاً سواء بيعت بوصف أو برؤية سابقة، أو بدون وصف أو رؤية سابقة، وسواء قربت أو بعدت جداً. إلا أنه لا يجوز نقد الثمن في غائب بيع بالخيار ولو تطوعاً فإن وقع فالبيع فاسد، للتردد بين السلفية والثمنية.

وقيل إن بيع الغائب بالخيار لا يجوز إذا لم يعتمد على وصف أو رؤية سابقة، واختاره ابن رشد قال: «وهو الصحيح الذي يحمله القياس»[2].

وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله: «وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية»[3].

* * *

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المقدمات مع المدونة ٣/٢٢١ ـ ٢٢٢.

(٣) مختصر خليل ص ١٧١.

بَابٌ في أحكام الرِّبا



اعلم أن بيعَ الذهب بالذهبِ والفِضَّةِ بالفضةِ مع التفاضُلِ رِباً كالتأخِير فيهما، إلا فِيما يأتي فِي القَرْض، وبيعُ أحدِهما بالآخَر إن لم يكن مناجَزَةً رباً.

* * *

الربا في اللغة: الزيادة يقال ربا الشيء يربو إذا زاد ومنه الحديث: «فلا والله ما أخذنا من لقمة إلا ربا من تحتها» يعني الطعام الذي دعا فيه النبي ﷺ بالبركة. خرج الحديث مسلم رحمه الله. قاله القرطبي[1].

وفي الشرع تحريم النَّسَاء والتفاضـل في عقود ستُبيَّن إن شاء الله.

وقد حرَّم الله الربا كتاباً وسنّة وإجماعاً.

أما الكتاب فقال تعالى: ﴿ وأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ وقال عزّ وجلّ: ﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وذَرُوا مَا بَقِيَ من الرِّبَا إن كُنتُم مُؤْمِنِينَ فإن لَّم تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَربٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُوله ﴾[2].

(١) تفسير القرطبي ٣/٣٤٨.

(٢) البقرة ٢٧٨ ـ ٢٧٩.

قال القرطبي: «دلّت هذه الآية على أن أكلَ الربا والعملَ به من الكبائر، ولا خلاف في ذلك»[1].

وأما السنّة فقد أخرج الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «اجتنبوا السَّبع المُوبِقاتِ» وعدّ منها «أكل الربا»[2]. وفي صحيح مسلم عن جابر رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وقال: هم سواء»[3].

وأما الإجماع فقال النووي: «أجمع المسلمون على تحريم الربا، وعلى أنه من الكبائر»[4]. وذكر ذلك أيضاً ابن رشد وابن قدامة[5]. وقال ابن رشد: «فمَن استحلّ الرِّبا فهو كافر حلال الدم». قال: «ومَن باع بيعاً أربى فيه غير مستحل للربا فعليه العقوبة الموجعة إن لم يعذر بجهل»[6].

وقوله: «اعلم أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة» إلخ يعني أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة تفاضلاً أو نسيئة - لا يجوز، لما فيه من الربا الذي حرّم الله ورسوله، كما لا يجوز بيع ذهب بفضة نسيئة أي لأجل.

فلا يجوز بيع دينار بدينارين ولا درهم بدرهمين، لا مناجزة ولا نسيئة، أما بيع الذهب بالفضة فيجوز فيه التفاضل إن كان يداً بيد لا نسيئة.

والأصل في ذلك ما في الموطإ والصحيحين عن أبي سعيد الخدري أنّ رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثلٍ ولا تُشِفُّوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورِق بالورِق إلا مثلاً بمثل ولا تُشِفُّوا بعضها على

(١) تفسير القرطبي ٣/٣٦٤.
(٢) زاد المسلم ١/١٢.
(٣) صحيح مسلم ٣/١٢١٩.
(٤) المجموع ٩/٣٩١.
(٥) المقدمات مع المدونة ٣/١٦ - ٢١، والمغني ٤/٣.
(٦) المقدمات مع المدونة ٣/٢١.

بعض، ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز»[1].

ومعنى: «لا تُشِفوا» (بضم التاء وكسر الشين المعجمة): لا تزيدوا ولا تنقصوا يقال: شفّ الدرهم يشف إذا زاد أو نقص، قاله في النهاية[2].

وقوله: «إلا ما يأتي في القرض». يعني أن النسيئة في النقدين تغتفر في القرض، فيجوز قرض دينار بدينار مثله ودرهم بدرهم مثله - على أن يكون القضاء فيما بعد، وسيأتي بيان ذلك ودليله في باب القرض إن شاء الله.

وقوله: «وبيع أحدهما بالآخر إن لم يكن مناجزة رباً». دليله ما أخرجه مالك عن عمر أن النبي ﷺ قال: «الذهب بالورِق رباً إلا هاء وهاء، والبر بالبر رباً إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر رباً إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير رباً إلا هاء وهاء». ونحوه في الصحيحين[3]. وعلى ذلك الإجماع، قال ابن المنذر: «أجمع كلُّ مَن نحفظ عنه من أهل العلم أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا - أن الصرف فاسد»[4].

أما التفاضل بين الذهب والفضة مناجزة فالأصل في جوازه ما أخرجه مسلم من حديث عبادة مرفوعاً: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد»[5].

تنبيه: تعرّضنا في كتابنا هذا بباب زكاة النقدين للنقود الورقية والمعدنية المتعامَل بها - كبديل عن النقدين من زمن بعيد. وقلنا إنها لا تختلف عن نقود الذهب والفضة في وجوب الزكاة، وأوردنا الأدلة على ذلك[6].

---

(١) الموطأ ٢/٦٣٢، وزاد المسلم ٥/١٦٩ - ١٧٠.
(٢) النهاية ٢/٤٨٦.
(٣) الموطأ ٢/٦٣٧، وزاد المسلم ١/١٩٩.
(٤) المغني ٤/٥٩.
(٥) صحيح مسلم ٣/١٢١١.
(٦) تبيين المسالك ٢/٧٤ - ٧٦.

وهنا نذكر كلام العلماء فيما يجري مجراها مما كان يتعامل به من نحاس مسكوك غير نقد وأُقيم مقام النقد، ثم نتكلم على حكمها في الربوية وغيرها.

ففي المدونة «قلت: أرأيت إن اشتريت فلوساً بدراهم فافترقنا قبل أن نتقابض؟ قال: لا يصلح هذا في قول مالك وهذا فاسد، قال لي مالك في الفلوس: لا خير فيها نظرة بالذهب ولا بالورق، ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تُباع بالذهب والورق نظِرة. قلت أرأيت إن اشتريت خاتم فضة أو خاتم ذهب أو تبر ذهب بفلوس فافترقنا قبل أن نتقابض أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا يجوز هذا في قول مالك، لأن مالكاً قال: لا يجوز فلس بفلسين ولا تجوز الفلوس بالذهب والفضة ولا بالدنانير نظِرة»[1] اهـ.

فالعبارات التي وردت في هذا الكلام من قوله: «وهذا فاسد» وقوله: «لا خير فيها نظرة بالذهب والورق». وقوله: «لا يجوز هذا في قول مالك». تدل على أن الكراهة التي ذكر مالك هنا بمعنى المنع. وهذا ما ذكرته في الجزء الثاني من كتابنا عندما استشهدت بكلامه هذا على وجوب زكاة النقود الورقية والمعدنية المتعامل بها اليوم[2].

وفي المدونة في كتاب القراض ـ كلام آخر لمالك يدل على أن الكراهة كراهة تنزيه. ففيها: «قال سحنون. قال ابن القاسم: قال مالك: لا تصلح المقارضة إلا بالدنانير والدراهم، قلت: فهل تصلح بالفلوس؟ قال: ما سمعت فيه شيئاً ولا أراه جائزاً، لأنها تحول إلى الكساد والفساد فلا تنفق، وليست الفلوس عند مالك بالسكة البيِّنة حتى تكون عيناً بمنزلة الدنانير والدراهم، وقد أخبرني عبد الرحيم بن خالد أن مالكاً كان يجيز شراءها

---

(١) المدونة الكبرى ٣/٩٠ ـ ٩١.

(٢) تبيين المسالك ٢/٧٤ ـ ٧٦.

بالدنانير والدراهم نظِرة، ثم رجع عنه منذ أدركته، فقال: أكرهه؛ ولا أراه حراماً كتحريم الدراهم بالدنانير، فمن هاهنا كرهت القراض بالفلوس»[1] اهـ.

وفي المسألة أيضاً قول بالجواز دون كراهة قال ابن عرفة: «وفي كون الفلوس كالعين، ثالث الروايات يكره فيها». نقله الرهوني[2].

والقول بالجواز المشار إليه في كلام ابن عرفة، هو لابن نافع، قال في العتبية: «وسئل ابن نافع عن صرف الفلوس بالتأخير، يعجل الدينار والدراهم ويقبض الفلوس إلى أجل، فقال: كان مالك يكره ذلك إذا صارت سكة تجري ثمناً للأشياء، ولست آخذ به، ولا أراه، وأنا أرى الفلوس عرضاً من العروض كالنحاس الذي لم يضرب فلوساً، ولا أرى بأساً بما تأخذ منها ولا أعدّه صرفاً»[3] اهـ.

قال ابن رشد ـ في البيان والتحصيل ـ عند شرحه لهذا الكلام: «قول ابن نافع هذا مثل رواية عبد الرحيم عن مالك في كتاب القراض من المدونة، وإنما كره مالك رحمه الله ـ في المشهور عنه ـ التأخير في صرف الفلوس، لأن العلة عندهم في الربا في العين من الذهب والورق ـ هي أنها ثمن للأشياء وقيم للمتلفات. فرأى على هذا القول هذه العلة علّة متعدية إلى الفلوس لما كانت موجودة فيها إذا صارت سكة، تجري بين الناس، يتبايعون بها ويقوِّمون كثيراً من المتلفات بها. ورآها على رواية عبد الرحيم عنه ـ علة واقعة (أي قاصرة) لا تتعدى إلى ما سوى الذهب والورِق، ولكلا القولين وجه من النظر، وبالله التوفيق»[4] اهـ.

---

(١) المدونة الكبرى ٤/ ٤٦.

(٢) حاشية الرهوني على الزرقاني ٥/ ٩١

(٣) البيان والتحصيل ٧/ ٢٣ ـ ٢٤.

(٤) المرجع السابق.

قلت: والكراهة التي ذكر ابن رشد أنها مشهور المذهب ـ كراهة منع لا كراهة تنزيه، لقوله: «فرأى على هذا القول ـ هذه العلة علة متعدية». ومعلوم أن العلة المتعدية تُعطي المقيس حكم المقيس عليه، والمقيس هو الفلوس، والمقيس عليه: الذهب والفضة، وهما بلا شك ربويان.

وفي حاشية الرهوني: «قال عياض في تنبيهاته ما نصّه: اختلف لفظه ـ يعني مالكاً ـ في مسائله بحسب اختلاف رأيه في أصلها أهي كالعين أو كالعرض؟ فله هنا ـ يعني في كتاب الصرف ـ التشديد، وأنه لا يصحّ فيها النظرة، ولا تجوز، وشبهها بالعين وظاهره المنع جملة كالفضة والذهب، وقال بعد هذا: ليست كالدنانير والدراهم في جميع الأشياء وليست كالدراهم العين».

قال: «وفي القراض من رواية عبد الرحيم جواز بيعها بالعين نظرة، وفي العارية: إن أعارها فهو قرض كالعين، وفي الاستحقاق إن استحقت وكانت رأس مال سلم أتى بمثلها كالعين، وفي الرُّهون إن رُهنت طبع عليها كالعين» اهـ. منها بلفظها» يعني تنبيهات عياض.

ثم قال الرهوني ـ بعد أن نقل أنقالاً منها ما يدل على المنع ومنها ما يدل على كراهة التنزيه: «فالخلاف فيها قوي جداً، فعلى هذا ما جرت عادة كثير من الناس به اليوم من بيعها بأحد النقدين إلى أجل ـ إذا تصرف فيها المبتاع وفوتها، فلما حلّ الأجل امتنع من دفع الثمن ـ لم يكن له سبيل إلى ذلك، ويجبر على دفع الثمن أحبَّ أم كره»[1] اهـ.

وذكر الدسوقي أن المعتمد في الفلوس أنها غير ربوية[2].

أما الأئمة الثلاثة فالمشهور من مذاهبهم أنه لا ربا في الفلوس، مع اختلافهم في علة الربا في النقدين.

---

(١) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لخليل ٥/٩١ ـ ٩٨.
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٦١.

فعند الشافعي أن علة الربا فيهما أنهما ثمن الأشياء غالباً. قال النووي في المجموع: «فأما الذهب والفضة فالعلة فيهما كونهما جنس الأثمان غالباً، وهذه عنده علة قاصرة لا تتعداهما، إذ لا توجد في غيرهما». ثم قال: «إذا راجت الفلوس رواج النقود لم يحرم الربا فيها، هذا هو المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور، وفيه رأي شاذ أنه يحرم، حكاه الخراسانيون»[(1)] اهـ.

أما أبو حنيفة وأحمد فإن علة الربا عندهما فيهما هي الوزن والكيل، قال في الروض المربع: «ولا ربا في ماء، ولا فيما لا يوزن عرفاً لصناعة كفلوس غير ذهب وفضة»[(2)] اهـ.

ومثله في بدائع الصنائع للكاساني فذكر أنه يجوز بيع فلس بفلسين يداً بيد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأن علة ربا الفضل عندهما: الكيل والوزن. قال: وعند محمد لا يجوز، لأن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً كالدراهم والدنانير[(3)].

وإذا كان محمد بن الحسن قال: إن علة الربا في النقدين هي الثمنية، وأنها علة متعدية كما هو واضح من قوله: إن الفلوس لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً كالدراهم والدنانير ـ فإن ابن تيمية قال بذلك.

قال في فتاواه: «الأظهر أن العلة في ربا النقدين هي الثمنية». قال: «والتعليل بالثمنية تعليل بوصف مناسب، فإن المقصود من الأثمان أن تكون معياراً للأموال، يُتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال، ولا يقصد الانتفاع بعينها. فمتى بيع بعضها ببعض إلى أجل قصد بها التجارة التي تناقض مقصود الثمنية، واشتراط الحلول والتقابض فيها هو تكميل لمقصودها من

---

(1) المجموع ٩/٣٩٣ ـ ٣٩٥.
(2) الروض المربع ٢/١٧٩ ـ ١٨٠.
(3) بدائع الصنائع ٥/١٨٥.

التوسل بها إلى تحصيل المطالب، فإن ذلك إنما يحصل بقبضها، لا بثبوتها في الذمة، مع أنها ثمن من طرفين، فنهى الشارع أن يُباع ثمن بثمن إلى أجل.

فإذا صارت الفلوس أثماناً صار فيها المعنى، فلا يباع ثمن بثمن إلى أجل»[1] اهـ.

وخلاصة القول أن ربوية الفلوس فيها خلاف داخل المذهب وخارجه، وأن الأصح عند الأحناف والشافعية والحنابلة أنها غير ربوية، أما في مذهبنا المالكي فالقول بربويتها قوي جداً والقول بعدم ربويتها قوي أيضاً كما تقدم.

وعلى أساس اختلاف العلماء في ربوية الفلوس اختلف علماء العصر في ربوية النقود الورقية والمعدنية: (العملات المتعامل بها اليوم) فالشيخ محمد فال بن أحمد فال الشنقيطي قال: إنها كالعين في جميع الأحكام. وقد أوردنا منظومته بهذا الصدد في الجزء الثاني من كتابنا هذا[2].

أما الشيخ محمد حبيب الله بن مايابى الشنقيطي فقد أفتى بأنها غير ربوية، مثلها مثل الفلوس التي أفتى بعدم ربويتها. وقال: «وحيث لم تكن ربوية فهي عرض تجارة، غير أن مالكاً كره التأخير في شبهها كالنحاس والجلود كراهة تنزيه فقط لا كراهة تحريم» ثم قال: «غير أن المناجزة في ذلك أولى وأسلم للدين خروجاً من الخلاف وفراراً من الكراهة» وقد نقل فتواه بحروفها الشيخ محمد بن إبراهيم آل مبارك الأحسائي في كتابه: التعليق الحاوي لبعض البحوث على حاشية الصاوي[3].

غير أن الأوراق النقدية (العملات) التي أفتى الشيخ محمد حبيب الله بعدم ربويتها والتي كانت تعرف بالأنواط لم تكن في زمن فتواه مثلها اليوم،

---

(١) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٤٧١ - ٤٧٢.

(٢) تبيين المسالك ٢/٧٤ - ٧٦.

(٣) التعليق الحاوي لبعض البحوث على شرح الصاوي مع الشرح الصغير ٤/٤٨ - ٨٦.

فقد خرجها على الفلوس آنذاك أي سنة ١٣٣٩ وهو تاريخ فتواه فيها بمكة المكرمة.

أقول لم تكن (العملة) آنذاك مثلها اليوم لأنها آنذاك لم تكن منفردة بالثمنية، وليست لها غلبة الثمنية في ذلك القطر.

أما اليوم فإن لها غلبة الثمنية، بل إنها أصبحت الثمنية الوحيدة للأشياء، وهي الوحيدة في قيم المتلفات في جميع البلاد. وإن العلماء فرقوا بين الثمنية وغلبة الثمنية. قال العدوي في حاشيته على شرح الرسالة: «واختلف في علة الربا في النقود فقيل غلبة الثمنية وقيل: مطلق الثمنية، وعلى الأول تخرج الفلوس الجدد فلا يدخلها الربا، ويدخلها على الثاني»[1] وفي ذلك يقول الشيخ ميارة:

«الثمنيَّةُ وقيل الغَلَبَهْ في الثمنيةِ فحقق مَطْلَبَه
عِلّة ذا الربا عليهما الفلوسْ نقودٌ أو عرض فحقق الأسُوس
وجل قوله الكراهةُ لذا توسطا بين الدليلين خذا»

فقول العدوي: «وعلى الأول تخرج الفلوس الجدد، فلا يدخلها الربا، ويدخلها على الثاني» فيه دليل واضح على أن القول بعدم ربوية الفلوس مبني على أن الفلوس كان لها إذ ذاك مطلق الثمنية لا غلبتها، وفيه التصريح بأن الفلوس لو كانت لها غلبة الثمنية لدخلها الربا.

أما الأوراق النقدية: «العملات المتداولة» فإن لها اليوم غلبة الثمنية، بل انفردت بالثمنية في سائر الأقطار.

وعلى هذا الأساس فإن الذي يظهر لي واعتماداً على ما تقدم ـ أن الراجح في الأوراق النقدية والمعدنية (العملات المتداولة) أنها ربوية، والله أعلم.

---

(١) حاشية العدوي على شرح الرسالة ٢/ ١٣٠.

وتعتبر سكة: (عملة) كل بلد على حدتها جنساً واحداً كالأوقية في بلادنا والدرهم في الإمارات العربية المتحدة، فلا يجوز بيع أوقية بأوقيتين ولا درهم بدرهمين، ولو يداً بيد، لأن الجنس الواحد يحرم فيه ربا الفضل والنساء معاً.

أما بالنسبة لسكتين: (عملتين) مختلفتين كالدرهم مع الأوقية أوالدولار مع الدرهم، فإن التفاضل بينهما يجوز إذا كان يداً بيد، فيجوز بيع دولار بأكثر من درهم، وبيع درهم بأكثر من أوقية، وكذلك العكس ـ إذا كان ذلك يداً بيد.

والأصل في ذلك حديث عبادة بن الصامت المتقدم: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة.. مثلاً بمثل سواء بسواء، يداً بيد، فإن اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» أخرجه مسلم[1].

وما ترجح عندنا في شأن الأوراق النقدية (العملات) قال به علماء أجلاء في قطرنا الموريتاني في الوقت الحاضر، كما أفتى به هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية وقد ورد نص فتواهم القيمة في مجلة البحوث العلمية (السعودية) عدد رجب وشعبان ورمضان سنة ١٣٩٥ ص ١٨٥ ـ ٢١٠.

* * *

وإن صَحِبَ أحدَهما عرضٌ أو طعامٌ فإنِ اجتمعَ البيعُ والصَّرفُ في دينارٍ فأقلَّ وعُجِّلَ المُصَاحَبُ جاز وإلا مُنِعَ.

والمُراطلة فيهما جائزة إن لم يكن أحد العِوَضيْنِ من الوَسَطِ والآخرُ فيه أجود مِنهُ وأدْنَى.

* * *

(١) صحيح مسلم ١٢١١/٣.

يعني أنه يحرم اجتماع بيع وصرف في عقد واحد، لتنافي أحكامهما، لجواز الأجل في البيع دون الصرف، إلا أن يجتمعا في دينار واحد فأقل ويعجل الجميع، كأن يشتري شاة وعشرة دراهم بدينارين، وصرف الدينار عشرون درهماً ـ فتكون الشاة مقابل دينار ونصف، وتكون الدراهم مقابل نصف دينار، كل ذلك يداً بيد[1].

والصرف هو بيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب.

وكما لا يجوز اجتماع البيع مع الصرف فإنه لا يجوز اجتماع البيع مع قرض أو نكاح وشركة وجُعْل ومساقاة وقراض، ولا اجتماع اثنين منها في عقد واحد. ونظم ذلك بعضهم فقال:

«عقود منعنا اثنين منها بعقدة لكون معانيها معاً تتفرَّقُ
فجُعل وصرفٌ والمساقاة شركة نكاح قراض، قرضُ بيعٌ محقق»[2]

وقوله: «والمراطلة فيهما جائزة..» يعني أن المراطلة في كلا النقدين جائزة، وهي بيع ذهب بذهب أو فضة بفضة وزناً، ويشترط فيها أن تكون مثلاً بمثل ويداً بيد، كما تجوز المبادلة فيهما؛ وهي بيع ذهب بذهب وفضة بفضة عداً، كعشرة دنانير بعشرة دنانير وخمسة دراهم بخمسة دراهم إن تساويا عدداً ووزناً، وكان ذلك يداً بيد.

أما الجودة والرداءة فلا تضر فيهما إذا كانت الجودة كلها في جانب والرداءة كلها في جانب. أما إذا كان أحد الجانبين فيه أدنى وأجود والآخر متوسط فلا يجوز ذلك، لدوران الفضل من الجانبين. قال الأبي:

«والفرق بين هذه والأولى أن الأولى المعروف فيها من جهة واحدة، فلم يظهر فيها قصد المكايسة المؤدية إلى التفاضل، وهذه ظهر فيها

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٥/٤٤ ـ ٤٥.

(٢) حاشية البناني على الزرقاني ٥/٤٥.

ذلك، لأن مُعطي النوعين لم يسمح بأجودهما إلا لأن الآخر قبل منه أردأهما»[1] اهـ.

وقد فسر ابن عاصم الصرف والمراطلة والمبادلة بقوله في التحفة:

«الصَّرفُ أخْذُ فضةٍ بذهب أو عكسه ومَا تفاضُلٌ أُبي
والجنس بالجِنسِ هُوَ المراطلَةْ بالوزْنِ أوْ بالْعَدِّ فالمبادَلَه»[2]

والأصل في المراطلة ما تقدم عن الموطإ والصحيحين: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل» إلخ وما في صحيح مسلم عنْ أبي هريرة مرفوعاً: «الذهب بالذهب وزناً بوزن مثلاً بمثل، والفضة بالفضة وزناً بوزن مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا»[3].

قال الأبي - نقلاً عن عياض: «والمراطلة جائزة» قال «وإذا استوت الكفتان صحت المراطلة، كانا مسكوكين أو مصوغين أو تبرين، أو أحدهما مخالف لصاحبه، أو أحدهما جيِّدٌ والآخر رديء هذا المشهور لبعض شيوخنا» قال الأبي: «وأما إن كان ذهب أحدهما بعضه أجود وبعضه أردأ فإن المراطلة تمنع اتفاقاً»[4] اهـ.

وما ذكر أنه المشهور لبعض الشيوخ هو الذي عليه عمل أهل المدينة.

قال مالك في الموطإ: «الأمر عندنا في بيع الذهب بالذهب والورِق بالورِق مراطلة أنه لا بأس بذلك أن يأخذ أحد عشر ديناراً بعشرة دنانير يداً بيد، إذا كان وزن الذهبين سواء عيناً بعين، وإن تفاضل العدد. والدراهم أيضاً في ذلك بمنزلة الدنانير»[5].

---

(١) إكمال الإكمال ٤/٢٧٥.
(٢) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ١٥٦.
(٣) صحيح مسلم ٣/١٢١٢.
(٤) إكمال الأكمال ٤/٢٧٣ - ٢٧٥.
(٥) الموطأ ٢/٦٣٨.

وعليه فإن المعتبر في المراطلة هو التساوي في الوزن لا في العدد، أما المبادلة فلا بد فيها من تساوي العدد والوزن معاً كما تقدم.

* * *

ومَن ترتَّبَ في ذمتِه حقٌّ فقضَاهُ بمثلِه جاز مُطلقاً، ويَجُوزُ بأفْضَل صفةً إن كان من قرضٍ، لا بأكثرَ عدداً أو وَزْناً. فإن تُعومِلَ بأحدِهما فقط لم تَضُرَّ الزيادةُ في الآخِرِ إلا أن يَدُورَ فضلٌ في جانبِ النَّاقِص كجَودةٍ وسِكَّةٍ.

* * *

يعني أن من كان عليه دين يجوز أن يقضيه بمثله مطلقاً حل الأجل أم لا، كان الدين من قرض أو غيره.

وإذا كان الدين من قرض جاز قضاؤه بأفضل صفة حل الأجل أم لا، لأنه حسن قضاء إن لم يشترط ذلك في العقد، وإلا فهو سلف جر نفعاً، والعادة كالشرط، فيمنع القرض لمن عادته أن يزيد في قضائه[1].

كما لا يجوز قضاء القرض بأزيد عدداً ولو قل على المشهور، ولا بأزيد وزناً فيما تُعومِل به وزناً حل الأجل أم لا، لما فيه من سلف جر نفعاً، إلا أن تكون زيادة الوزن يسيرة كرجحان ميزان.

وقوله: «فإن تعومل بأحدهما فقط..» إلخ يعني أن العين إذا تعومل بها في القرض بالوزن لا تضُر الزيادة في العدد عند القضاء، وإذا تعومل بالعدد لا تضر الزيادة في الوزن. وهو كذلك فيما تعومل به وزناً اتفاقاً كما تقدم في المراطلة. أما ما تعومل به عدداً ففي جوازِ زيادة الوزن فيه خلاف فقيل يجوز وقيل لا يجوز[2].

(١) جواهر الإكليل ٢/١٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٣/٤٤.

أما إن دار فضل في جانب الناقص فلا يجوز اتفاقاً، كأن يدفع عشرة دراهم رديئة عن تسعة جيدة، وكذلك العكس، لأن المقترض في إحدى المسألتين تساهل في دفع العشرة وإن كان فيها زيادة لرغبته في جودة التسعة التي أخذها. وفي المسألة الأخرى تساهل في دفع التسعة الجيدة ليأخذ أكثر منها رديئاً.

والأصل في جواز قضاء القرض بأفضل صفة ما أخرجه مالك واللفظ له ومسلم: «عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ أنه قال: استسلف رسول الله ﷺ بكراً فجاءته إبل من الصدقة، قال أبو رافع: فأمرني رسول الله ﷺ أن أقضي للرجل بكره، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً. فقال رسول الله ﷺ: «أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنُهم قضاء»[1] وسيأتي المزيد من هذا في باب القرض إن شاء الله.

* * *

وَإن كانَ الحقُّ من بيعٍ جازَت الزِّيادَةُ إن كَانَ عيناً أو حَلَّ الأجلُ، ويَجُوزُ بأقلَّ إن حل الأجلُ مطلقاً إلاّ في الطَّعامِ إن لم يُبْرِئهُ من الزَّائِدِ.

فإن قضى وَرِقاً عَن ذَهَبٍ جَازَ إن حَلَّ الأجَلُ وعُجِّلَ العِوَضُ كَعَكسِه.

* * *

يعني أن الحَقَّ المطالب به الشخص إن كان من بيع يجوز قضاؤه بأكثر عدداً ووزناً ـ إن كان عيناً، حل الأجل أم لا، ومن باب أولى قضاؤه بأفضل صفة.

(١) الموطأ ٢/ ٦٨٠ وصحيح مسلم ٣/ ١٢٢٤.

كما يجوز قضاؤه بأفضل صفة وأزيد عدداً أو وزناً إذا كان غير عين وحل الأجل. لأن العلة هنا منفية وهي علة سلف بالزيادة. وإنما يعتبر هذا من حسن القضاء المرغب فيه كما جاء في حديث أبي رافع الآنف الذكر.

ويجوز قضاء الدين بأقل صفة وقدراً إذا رضي رب الدين بذلك وحل الأجل، إلا إذا كان الدين طعاماً فلا يجوز قضاؤه بعد الأجل بأقل عدداً أو وزناً إلا إذا أبرأه من الزائد بأن جعل الأقل في مقابلة قدره وأبرأه من باقي الدين، أما قبل الأجل فلا يجوز مطلقاً، لما فيه من: «ضع وتعجل»[1].

وقوله: «فإن قضى ورقاً عن ذهب» إلخ يعني أن من عليه دنانير وحل أجلها يجوز أن يقضيها بدراهم تساوي قيمتها في صرف اليوم ويعجلها أي الدراهم كلها، وكذلك العكس، قال في الكافي: «فإذا حل الأجل فلا بأس أن يأخذ من الفضة الذهب ومن الذهب الفضة بصرف اليوم وبما شاء، ثم لا يفترقان وبينهما عمل فيما تصارفا فيه»[2].

والأصل في ذلك حديث ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير؛ آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك فقال: «لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء»».

أخرجه أبو داود واللفظ له، والترمذي والنسائي وابن ماجه. وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب، وذكر أنه روى عن ابن عمر موقوفاً[3].

* * *

(١) الشرح الصغير ٣/٦٨ ـ ٦٩.

(٢) الكافي ٢/٦٤٣.

(٣) مختصر سنن أبي داود ٥/٢٥ ـ ٢٦.

وَبَيْعُ الطعامِ بِالطعامِ بِدُونِ الْمُنَاجَزَةِ فيهما رِباً، وَلَو كان مِن جنسِ الفواكِهِ والخضرِ.

ومَا لَا يقتاتُ من الطَّعامِ وَيُدَّخرُ تَجوزُ فيهِ الْمُفاضلةُ كالفواكِهِ والخضَرِ بشرطِ المناجزةِ، وَمَا يُقْتَاتُ مِنَ الطعامِ ويدَّخر فبَيع الجنسِ بجنسِه متفاضلاً رِباً، ويُلحقُ بالطَّعامِ مُصلِحُه كَفُلفُلٍ وَبَصلٍ وَمِلحٍ.

* * *

يعني أن بيع الطعام بالطعام دون مناجزة ربا، لا يجوز إلا يداً بيد. سواء كان الطعام ربوياً يحرم فيه ربا الفضل والنساء معاً، أو غير ربوي يحرم فيه ربا النساء وحده كالفواكه والخضر، قال في التحفة:

«البيع للطعام بالطعام دُون تناجز مِنَ الحرام
والبيع للصنف بصنفه وردْ مثلاً بمثل مقتضىً يداً بيَدْ»[1]

والطعام هو كل ما يذاق لطعمه سواء كان قوتاً أو تفكهاً أو إداماً، لا تداوياً خلافاً للشافعي[2].

والطعام الربوي هو ما يقتات أي تقوم به البنية، عند الاقتصار عليه، ويدخر. أما غير المقتات فهو ما يذاق لطعمه ولا تقوم به البنية، ولا يدخر. وهذا يحرم فيه ربا النساء، ولا يحرم فيه ربا الفضل كالخضر والفواكه. فيجوز بيع رطل من التفاح برطلين منه ورطل من الطماطم برطلين منها إذا كان ذلك مناجزة: يداً بيد.

(١) إحكام الأحكام على تحفة الحكام ص ١٥٥.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٤٧ ومغني المحتاج ٢/٢٢.

أما الطعام الذي يقتات ويدخر فيحرم فيه ربا الفضل مع ربا النساء أي يحرم فيه التفاضل والتأخير معاً في الجنس الواحد. فلا يجوز بيع صاع من قمح بصاعين منه، ولا بيع أردب من أرز بأردبين منه ولو يداً بيد.

أما الجنسان فيجوز التفاضل بينهما، فيجوز بيع صاع من قمح بصاعي أرز مناجزة يداً بيد.

والأصل في ذلك حديث عمر المتقدم عند مالك والشيخين وفيه: «والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء».

وتقدم عن صحيح مسلم من حديث عبادة مرفوعاً: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد».

وفي حديث أبي سعيد عند مسلم مرفوعاً: «والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد»[1] وهذا هو الأصل في قول المصنف: «ويلحق بالطعام مصلحه» إلخ.

وهكذا فإن الحديث الصحيح لم يرد فيه إلا ذكر الأصناف الأربعة وأجمع المسلمون على حرمة ربا الفضل والنساء فيها[2]. وقد اقتصر الظاهرية عليها فلا يحرم عندهم ربا الفضل في شيء من الطعام إلا في هذه الأربعة.

أما الأئمة الأربعة وغيرهم فقد اعتبروا ذكر هذه الأصناف الأربعة من باب ذكر الخاص الذي أريد به ذكر العام فقاسوا عليها مثلها، مع اختلافهم في العلة[3].

فالعلة عند إمامنا مالك هي الاقتيات والادخار، قال خليل: «علة

---

(١) صحيح مسلم ٣/١٢١١.

(٢) المجموع ٩/٣٩٢.

(٣) المرجع السابق، وبداية المجتهد ٢/٩٧.

طعام الربا اقتيات وادخار»[1]. فكل طعام مقتات ومدخر يحرم في الجنس الواحد منه ربا الفضل وربا النساء معاً ـ كما أسلفنا.

وقال أبو حنيفة وأحمد: العلة هي الكيل والوزن، فكل مكيل أو موزون يحرم في الجنس الواحد منه ربا الفضل والنساء ولو كان غير مطعوم كالجبس والكتان والحديد[2].

وأما الشافعي فالعلة عنده هي مطلق الطعمية، فكل طعام يحرم في الجنس الواحد منه ربا الفضل والنساء معاً، سواء كان مقتاتاً ومدخراً كالقمح والذرة والأرز، أو غير مقتات ولا مدخر كالخضر والفواكه[3].

وبما أن الملح الذي عينه النص ـ مصلح للطعام فيقاس عليه كل مصلح لا يتم الانتفاع بالطعام إلا به كالبصل والفلفل وغيره من التوابل.

* * *

وعدُّوا منه اللَّبَنَ والسمْنَ واللَّحمَ والخَلَّ، فلا يباعُ مِن ذلك رَطْبٌ بيابسٍ لعدم تحقّق المُمَاثلة إلاَّ بناقلٍ كلحمٍ نَيِّءٍ بمشويٍّ أو مَطبوخٍ بِأبْزارٍ وحبٍّ بخُبْزٍ وتمرٍ بخَلٍّ.

* * *

يعني أن الفقهاء عدوا اللبن ـ بجميع أنواعه بما فيها السمن ـ من الطعام الربوي الذي يحرم فيه ربا الفضل والنساء، وعدوا منه اللحم والخل والعسل والسكر. فكلها يحرم في الجنس الواحد منها ربا الفضل والنساء معاً. لأن هذه الأنواع أكثرها مقتات ومدخر، ومنها ما لا يدخر لكن دوام وجوده يقوم مقام ادخاره كاللبن.

(١) مختصر خليل ص ١٧٤.
(٢) اللباب ٢/٣٧ والروض المربع ٢/٢٠١.
(٣) المجموع ٩/٤٠١.

قال الأبي: «واتفقوا أو هو قول الأكثر أن اللبن ربوي مقتات، ودوام وجوده يقوم مقام ادخاره»[1].

قلت: ومن أنواعه ما هو مدخر كالجبن والسمن والأقط، بل إن الحليب أصبح يدخر مجففاً.

وأنواع اللبن سبعة وهي: حليب ومخيض ومضروب، وزبد وسمن وجبن وأقط، ونظمها بعضهم فقال:

«مخيض مضروب حليب وسمن   آقطُ زُبْدُ جُبْنٌ أنواعُ اللبن»

والفرق بين المخيض والمضروب أن الأول نُزع زبده والثاني لم يُنزَع. فبيع كل واحد من أنواع اللبن بنوعه يجوز متماثلاً يداً بيد.

وجائز بيع الحليب والزبد والجبن والسمن ـ بكل من المخيض والمضروب متماثلاً، وما سوى ذلك غير جائز. إما اتفاقاً وإما على المشهور[2].

وقوله: «فلا يباع من ذلك رطْبٌ بيابس» إلخ يعني أنه لا يجوز بيع حليب بجبن ولا بأقط ولا بحليب مجفف، ولا لحم رَطْب بقديد، ولا رُطب بتمر ولا عنب بزبيب، لعدم تحقق المماثلة. إلا إذا طرأ عليه ناقل ينقله عن أصله، كلحم نيىء بلحم مطبوخ، وبمشوي إن كان الطبخ والشي وقعا بأبزار، والأبزار هي المصلحات (التوابل) التي تقدم ذكرها، وكذلك الخبز والخل ينتقلان عن أصلهما الذي هو الحب في الخبز والتمر في الخل.

وعندئذ يصير المنقول جنساً مستقلاً عن أصله، وبذلك يجوز التفاضل بينهما يداً بيد، لا نسيئة.

والأصل في منع بيع الرُّطَبِ باليابس ما أخرجه مالك وأصحاب السنن

(١) إكمال الإكمال ٤/ ٢٧٠.

(٢) حاشية العدوي على الرسالة ٢/ ١٣٤ وحاشية الصاوي ٣/ ٨٣.

وصححه الترمذي: «عن سعد بن أبي وقاص قال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ﷺ: «أينقص الرطب إذا يبس؟» فقالوا: نعم فنهى عن ذلك»[1].

وروى مالك عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة، والمزابنة: بيع الثمر بالتمر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً»[2].

وروى الشيخان نحوه بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر بالتمر وقال: «ذلك الربا، تلك المزابنة..»[3].

قال الباجي: «والمزابنة: اسم لبيع التمر بالثمر والزبيب بالكرم ورطب كل جنس بيابسه، ومجهول منه بمعلوم»[4].

والمراد بالكرم هنا العنب فهو من باب التعبير عن الشيء بأصله.

وبه قال الشافعي وأحمد[5].

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلاً[6].

ومن الأطعمة الربوية البيض والسكر والعسل قال خليل: «وبيض وسكر وعسل»[7].

وقال الدردير: «وبيضٍ بالجر عطفاً على حب، أي فهو ربوي على المشهور، وجميعه صنف واحد من نعام أو غيره» قال: «وسكر» وكله صنف «وعسل» ربوي[8].

---

(١) الموطأ ٢/٦٢٤ ومختصر سنن أبي داود ٥/٣٢ ـ ٣٣ وسنن الترمذي ٢/٣٤٨.

(٢) الموطأ ٢/٦٢٤.

(٣) زاد المسلم ٥/٤٩٤ ـ ٤٩٦.

(٤) المنتقى ٤/٢٤٣.

(٥) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٥/٣٤ والروض المربع ٢/١٨١.

(٦) اللباب ٢/٤٠.

(٧) مختصر خليل ص ١٧٤.

(٨) الشرح الكبير للدردير ٣/٤٩ ـ ٥٠.

وأنواع العسول المختلفة من نحل وقصب ورطب وعنب.. أصناف يجوز التفاضل بينها يداً بيد[1]..

* * *

وَالبُر والشَّعِيرُ والسلتُ جِنسٌ، والتمرُ بأنواعِه جنسٌ كالعنبِ والقَطَاني جِنسٌ، ولحمُ الإبل وذواتِ الأربَعِ من الوحش جِنسٌ، فلا يباعُ لحمُها بالحيِّ منها، وإنما يَجُوزُ بيعُ الحيِّ بالحي منها فيما تطولُ حياتُه وتكثُر منفعتُه.

* * *

يعني أن القمح والشعير والسلت ـ جنس واحد لتقارب منفعتها، فلا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ولو يداً بيد.

والأصل في ذلك ما في صحيح مسلم وغيره: «عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال: بعه ثم اشتر به شعيراً، فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمراً أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده ولا تأخُذَنَّ إلا مثلاً بمثل، فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مِثلاً بمثلٍ» قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير، قيل له: فإنه ليس بمثله، قال: إني أخاف أن يُضَارِعَ»[2]. ومعنى يضارع: يشابه ويماثل.

وروى مالك في الموطإ نحوه عن سليمان بن يسار، موقوفاً على كل من سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمٰن بن الأسود بن عبد يغوث، قال مالك: «وهو الأمر عندنا»[3].

(١) المرجع السابق.
(٢) صحيح مسلم ٣/١٢١٤.
(٣) الموطأ ٢/٦٤٥ ـ ٦٤٦.

قال عياض: «فيه حجة لمالك رحمه الله تعالى في أن القمح والشعير صنف واحد»[1].

وقال الثلاثة: إن القمح والشعير جنسان تجوز المفاضلة بينهما يداً بيد[2]. واستدلوا بما رواه النسائي وابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت: «وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر يداً بيد، كيف شئنا» ونحوه لأبي داود[3].

والتمر بجميع أنواعه: الجيدة والرديئة - جنس واحد، لما في صحيحي البخاري ومسلم: «عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال رسول الله ﷺ: «أكل تمر خيبر هكذا؟» قال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيباً». وفي رواية: «إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجَمعِ»[4].

قال المازري: «الجنيب: أعلى التمر، والجمْع: أدناه، وقيل الجمع: أنواع من أخلاط التمر». نقله الأبي[5].

وبه قال الثلاثة، أي أن أنواع التمر كلها جنس واحد[6]. وكما أن الرطب والتمر جنس واحد، فإن العنب والزبيب جنس واحد. وتقدم أنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر ولا العنب بالزبيب لعدم التماثل بين الرُّطْب واليابس، ولو يداً بيد.

وأنواع القطاني السبعة التي تقدم ذكرها في الزكاة - أجناس هنا في

---

(١) إكمال الأكمال ٤/٢٧٥.

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٢ والمغني ٤/٢٧.

(٣) منتقى الأخبار ٢/٣٣٩ وسنن ابن ماجه ٢/٧٥٧ - ٧٥٨.

(٤) صحيح البخاري ٢/٧٦٧ وصحيح مسلم ٣/١٢١٥.

(٥) إكمال الإكمال ٤/٢٧٦.

(٦) المغني ٤/٢٤ ورحمة الأمة ص ١٧٤.

البيع، أما الزكاة فتقدم أنها جنس واحد فيها وأن أنواعها تضم في الزكاة. وتقدم تسمية كل نوع منها.

قال الباجي: «وأما القطنية فاختلف قول مالك، فيها فمرة قال إنها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها، ومرة قال: هي أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها، وبه قال ابن القاسم وابن وهب والليث، وهو الأظهر عندي لاختلافها في الصورة والمنافع»[1]اهـ.

وقال: «وأما الذرة والدخن والأرز فالمشهور من المذهب أنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها»[2].

وقوله: «ولحم الإبل وذوات الأربع من الوحش جنس..» إلخ يعني أن لحوم ذوات الأربع الأرجل من نعم، كإبل وبقر وغنم، ومن وحش مماثل كغزلان وظباء وغيرهما من الوحش المماثل للنعم مما له أربع أرجل - كلها جنس واحد يحرم التفاضل بينها، وكذلك ما طبخ من لحمها بأبزار يعتبر جنساً واحداً. ولحوم الحيتان والأسماك جنس واحد، وكذلك لحوم الطير جنس واحد.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا في لحم الإبل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش أنه لا يُشترى بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن، يداً بيد، ولا بأس به وإن لم يوزن إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل يداً بيد. قال مالك: ولا بأس بلحم الحيتان بلحم الإبل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها: اثنين بواحد وأكثر من ذلك يداً بيد، فإن دخل ذلك الأجل فلا خير فيه. قال مالك: وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان، فلا أرى بأساً

---

(١) المنتقى ٥/٣.

(٢) المرجع السابق.

أن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلاً يداً بيد، ولا يباع شيء من ذلك إلى أجل»[1]اهـ.

أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد في أصح روايتيهما فإن مذهبهم أن لحم كل نوع من ذوات الأربع جنس مستقل عن غيره من لحوم ذوات الأربع الأخرى. فلحم الغنم: ضأنها ومعزها جنس، ولحم البقر والجاموس جنس، ولحم الإبل بختها وعرابها جنس، وعلى ذلك يجوز التفاضل بين كل جنسين منها مناجزة[2].

وقوله: «فلا يباع لحمها بالحي منها..» يعني أنه لا يجوز بيع حيوان بلحم جنسه، كبيع شاة بعشرة أرطال لحم من ضأن أو إبل أو بقر، لأنه لا يعلم هل في الحيوان مثل اللحم الذي دفع فيه أو أقل أو أكثر[3].

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عنْ سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم»[4].

قال أبو عمر: «لا أعلم هذا الحديث يتصل من وجه ثابت من الوجوه عن النبي ﷺ، وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب هذا، ولا خلاف عن مالك في إرساله»[5]. قال الزرقاني: «ورواه أبو داود في المراسيل عن القعنبي عن مالك به مرسلاً، وصححه الحاكم، وله شاهد أخرجه البزار من حديث ابن عمر»[6].

وبه قال الشافعي وأحمد، وهو قول فقهاء المدينة السبعة، قاله في المغني[7] وقال أبو حنيفة: «يجوز بيع اللحم بالحيوان ولو من جنسه، لأنه

(١) الموطأ ٢/٦٥٦.

(٢) اللباب ٢/٤١ ومغني المحتاج ٢/٢٤ والروض المربع ٢/١٨٠.

(٣) التمهيد ٤/٣٢٣.

(٤) الموطأ ٢/٦٥٥.

(٥) التمهيد ٤/٣٢٢.

(٦) شرح الزرقاني على الموطإ ٣/٣٠٣.

(٧) المغني ٤/٣٧.

بيع موزون بما ليس بموزون[1].

ولا يجوز بيع حيوان بحيوان لا تطول حياته أو لا منفعة فيه إلا اللحم كخصي معز، أو فيه منفعة قليلة كخصي ضأن، فلا يجوز بيعهما بغيرهما من الحيوان.

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول: نُهي عن بيع الحيوان باللحم.

قال أبو الزناد: فقلت لسعيد بن المسيب: أرأيت رجلاً اشترى شارفاً بعشرة شياه؟ فقال سعيد: إن كان اشتراها لينحرها فلا خير في ذلك»[2].

قال الباجي: «وإذا كان الحيوان لا يُقتنى فحكمه حكم اللحم في بيعه بالحيوان مثل طير الماء الذي لا يدخر ولا يتخذ فإنه لا يجوز بيعه بدجاج ولا أوز، هذا مذهب ابن القاسم، وأجاز ذلك أشهب»[3].

* * *

ويَجُوزُ الخبز بالخبزِ تحرِّياً إن كان من جنسٍ، كعجينٍ بحِنطةٍ أو دَقيقٍ.

وتُعتبرُ المماثلةُ بالكيلِ فيما يُكالُ والوزنِ فيما يُوزَنُ، وجَازَ التحرِّي فيما يُوزَنُ إن لم يتعذَّرْ التحرِّي لِكَثرتِه.

* * *

يعني أنه يجوز بيع خبز بخبز مثله تحرياً، إن كان أصلهما من جنس

---

(١) اللباب ٢/٤٠.

(٢) الموطأ ٢/٦٥٥.

(٣) المنتقى ٥/٢٥.

واحد، ويعتبر الدقيق في التحري لكليهما، أما إن كانا من جنسين كخبز قمح وخبز ذرة فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر إلا وزناً. قال في الشامل: «والمعتبر الدقيق إن كان صنفاً واحداً، وإلا فبوزن الخبزين اتفاقاً». نقله الحطاب[1].

فإن اتحد وزنهما جاز البيع وإلا فلا، لأن الأخباز كلها جنس واحد، بغض النظر عن اختلاف أصولها الربوية[2].

كما يجوز بيع عجين بقمح أو دقيق من جنسه تحرياً.

قال عق: «فيعتبر قدر الدقيق في المسألتين تحرياً، من الجانبين في الأولى، ومن العجين في الثانية، إذا كان أصلهما من جنس واحد ربوي، وإلا جاز من غير تحر بالمكيلة لدقيقيهما لكن لا بد من علم قدر العجين ومقابله ولو بالتحري فيما يكون فيه التحري، ليقع العقد على معلوم»[3].

وقوله: «وتعتبر المماثلة بالكيل فيما يكال..» الخ يعني أن المماثلة المطلوبة في الربويات ـ تعتبر بالكيفية التي ورد بها الشرع. فما ورد في الشرع أنه يكال كالحب والتمر فالمماثلة فيه بالكيل وما ورد أنه يوزن كالنقدين فالمماثلة فيه بالوزن.

ففي صحيح مسلم: «ليس فيما دون خمسة أوساق من تمر ولا حب صدقة»[4] وفيه أيضاً في موضع آخر: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن»[5].

فدل الحديث الأول على أن معيار الشرع للتمر والحب هو الكيل، ودل الحديث الثاني على أن معيار الشرع للنقد ـ غير المسكوك ـ إنما هو الوزن.

---

(١) مواهب الجليل ٤/٣٦٠.
(٢) حاشية الدسوقي ٣/٥٣.
(٣) شرح الزرقاني على خليل ٥/٧٢.
(٤) صحيح مسلم ٢/٦٧٤.
(٥) صحيح مسلم ٣/١٢١٤.

أما ما لم يرد فيه للشرع معيار فالمعتبر فيه عادة كل بلد، كالسمن واللبن والزيت والعسل فإنه يختلف باختلاف البلاد فيعمل في كل محل بعادته[1].

قلت: وإذا جرى العمل بوزن ما يكـال للتخفيف على المتبايعين كالحبوب والتمور التي أصبحت توزن كما تكال ـ فلا بأس بذلك.

تنبيه: يجوز بيع قمح بدقيق من جنسه إن تماثلا وزناً أو كيلاً على الراجح، وقيل: لا يجوز إلا بالوزن[2].

وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله: «وجاز قمح بدقيق، وهل إن وزنا تردد»[3].

وعلى هذا فإنه لا يجوز بيع قدر معلوم من القمح بمثله من دقيقه وزيادة دراهم مقابل الطحن، لأنّ طحن الحب لا ينقل دقيقه عن جنسه، فالتفاضل بينهما ممنوع، لما فيه من ربا الفضل.

وأخطر من ذلك أن يعطي الطحان لصاحب القمح قدراً من الدقيق كان قد حصل من قدر مماثل لما عنده من القمح وزيادة أجرة الطحن، لأن ما يخرج من طحن أحدهما قد يزيد أو ينقص عما يخرج من طحن الآخر، فالتماثل مشكوك فيه، مع ما في ذلك من التأخير. وهذا مثل قول خليل: «كزيتون وأجرته لمعصره»[4].

قال الدردير: «أي كمنع إعطاء زيتون ونحوه كسمسم وحنطة لمعصره ـ أو لمن يطحن نحو الحنطة على أن يأخذ قدر ما يخرج منه تحرياً للشك في

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣/٥٣.
(٢) الشرح الصغير ٣/٨٥.
(٣) مختصر خليل ص ١٧٥.
(٤) المرجع السابق ص ١٧٢.

المماثلة، وسواء دفع أجرة أم لا»[1]اهـ.

وقال الصاوي في حاشيته عليه: «فحرمته لربا الفضل وللنسيئة في الطعام، وهي التأخير مدة العصر أو الطحن»[2]اهـ، ومثل القمح الذرة ونحوها من كل طعام ربوي.

قلت: وهذه المسألة كثيرة الوقوع في البلاد التي ينتشر فيها البدو خارج الحاضرة، فعلى صاحب الحب أن ينتظر طحن حبه، أو يشتري الدقيق بالنقود من الطحان أو غيره. والله أعلم.

وقوله: «وجاز التحري فيما يوزن..» إلخ يعني أن كل ربوي يباع وزناً ولا يباع كيلاً ـ يجوز قسمه ومبادلته على التحري، وكل ربوي يباع كيلاً لا وزناً ـ لا يجوز فيه ذلك بلا خلاف.

أما غير الربوي فاختلف في جواز قسمه ومبادلته على التحري، فعند ابن القاسم: يجوز وزناً لا كيلاً، وعند أشهب: يجوز مطلقاً وروى عن غيرهما عدم الجواز مطلقاً[3].

وظاهر كلام المصنف جواز التحري ولو لم يعسر الوزن، وهو الذي اعتمده صاحب الأصل تبعاً للمدونة[4]، خلافاً لظاهر قول خليل: «فإن عسر الوزن جاز التحري»[5] فظاهره أنه إن لم يعسر الوزن لم يجز التحري. قال الباجي: «قال القاضي أبو محمد: من أصحابنا من أجازه على الإطلاق، ومنهم من أجازه بشرط تعذر الموازين كالبوادي والأسفار. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز بوجه» اهـ[5].

* * *

(١) الشرح الصغير ٣/٥٦.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الشرح الصغير ٣/٨٦.
(٤) مختصر خليل ص ١٧٥.
(٥) المنتقى ٥/٢٧.

بَابٌ في ذكر المنْهي عَنه



اعْلَم وفَّقَكَ اللهُ ـ أن المَنْهياتِ منها ما يحرُم ويَصِحُّ بعد الوقوع كالنَّجْشِ ، وهُو الزِّيَادَةُ في الثمن لِيَغُرَّ غيرَه، فإذا عَلِم المشترِي ورضِيَ صحَّ البَيعُ، وإن كره فلهُ الرَّدُّ، وَبيع المصرَّاة، فللمشترِي بعد العلم الرِّضا والردُّ، فيَرد معها صاعاً من غالِب القوتِ.

وكتلقِّي السِّلع فيَصحُّ، ولِأهلِ السُّوقِ مُشاركتُه إن كَانَ على أقلَّ مِن ستَّةِ أَمْيالٍ، وَلمَن محَلُّهُ على أقل أخْذُ ما يَحْتَاجُه لِقوتِه كغير ما يحتاجُه إن لم يَكُن لها سُوقٌ.

* * *

تكلم ـ رحمه الله ـ على البيوع المنهي عنها وذكر أن منها ما يحرم ويصح بعد عقد البيع، ومنْها ما يحرم ويفسخ إن وقع.

أما ما يحرم ويصح بعد العقد فمنه النجش وهو أن يزيد شخص في ثمن سلعة ليغر غيره بشرائها قال مالك في الموطإ: «والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشْتِراؤها ليَقتدِيَ بك غيرُك»[1].

(١) الموطأ ٢/٦٨٤.

فإذا علم المشتري بالغرة ورضي صح البيع وإن لم يرض فله رد المبيع إن لم يفت بأحد المفوّتات التي ستأتي إن شاء الله. وإن فات خير بين الثمن والقيمة فيلزمه رد الأقل منهما.

ومحل هذا إن علم البائع بنجش الناجش وسكت حتى حصل البيع، وأما إن لم يعلم فلا كلام للمشتري ولا يفسد البيع، والإثم على من فعل ذلك[1].

وقال الشافعي: لا يجوز النجش، والأصح أن المشتري لا خيار له، وإن لم يرض لتفريطه، حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة. ومثله لأحمد[2]. وقال أبو حنيفة: يكره النجش كراهة تحريم ولا يفسد به العقد[3].

ومن البيوع المنهي عنها: بيع المصراة، والتصرية عند الفقهاء هي: جمع اللبن في الضرع، فيترك حلبه حتى يعظم الضرع فيظن المشتري أنه لكثرة اللبن، ولا يشترط أن تكون المصراة من النعم بل قد تكون من الحُمر والخيل إن كان ذلك يزيد في الثمن فإن اطلع المشتري على التصرية فله الإمضاء والرد، فإن كانت المصراة من النعم فله بعد حلبها الإمضاء أوردها ويرد معها صاعاً من غالب قوت البلد، ولا يتعين التمر على المشهور. ويحرم رد اللبن بدلاً من الصاع كغيره من طعام أو نقد وغيرهما[4].

ونحوه لأحمد قال الخرقي: «وإذا اشترى مصراة وهو لا يعلم فهو بالخيار بين أن يردها وصاعاً من تمر»[5] فظاهره اشتراط التمر. وقال الشافعي: التصرية حرام توجبُ الخيار على الفور. قال: فإن ردها بعد تلف اللبن رد معها صاع تمر. قاله في المنهاج[6] وظاهره اشتراط التمر وثبوت

(١) حاشية الدسوقي ٦٨/٣ والتاج والإكليل ٣٧٧/٤.
(٢) مغني المحتاج ٣٧/٣ والمغني ٢٣٤/٤.
(٣) اللباب ٢٥٦/١ ـ ٢٥٧.
(٤) الشرح الصغير ١٦١/٣.
(٥) المغني ١٤٩/٤.
(٦) مغني المحتاج ٦٣/٢ ـ ٦٤.

الخيار ولو مع العلم بالتصرية. وذكر ذلك ابن قدامة في المغني[1].

أما أبو حنيفة فقال: إن التصرية لا خيار فيها لأنها ليست بعيب، بدليل أنها لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها[2].

ومما نُهي عنه: تلقِّي السلع الواردة لمحل بيعها أو تلقي صاحبها القادم قبل وصولها إن كان ذلك على أقل من ستة أميال ولا يفسخ البيع إن وقع، لكن لأهل السوق الخيار في الاشتراك مع المشتري فيما اشتراه للتجارة.

وقال الشافعي وأحمد: لا يجوز التلقي: وإن وقع البيع فالخيار للباعة لا لأهل السوق، فالقادم بالسلع له الخيار إن بيعت قبل السوق بأقل من ثمنها في السوق[3].

والأصل في ذلك كله ما أخرجه مالك والشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النَجش»[4] وأخرجوا أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقُّوا الركبان للبيع، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد، ولا تصرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[5].

وقال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن من حلب المصراة فهو بالخيار، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها، وصاعاً من تمر». قال: «وشذ النعمان فقال: ليس له ردها، ولا يستطيع رد ما أخذ منها» وقال: «وأجمعوا على أن تلقي السلع خارجاً لا يجوز، وانفرد النعمان فقال: لا أرى به بأساً»[6].

---

(١) المغني ٤/١٥٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) مغني المحتاج ٢/٣٦ والمغني ٤/٢٤١.

(٤) الموطأ ٢/٦٨٣ و ٦٨٤ وصحيح البخاري ٢/٧٥٣ وصحيح مسلم ٣/١١٥٦.

(٥) المراجع السابقة على التوالي ٦٨٣ و٧٥٥ و ١١٥٥.

(٦) الإجماع لابن المنذر ص ٩١.

وقوله: «ولمن محله على أقل أخذ ما يحتاجه..» الخ، يعني أن من كان منزله أو قريته على أقل من ستة أميال من سوق البلد يجوز له أن يشتري ما يحتاجه لقوته فقط، كما يجوز له الأخذ للتجارة إن لم يكن للسلعة سوق في البلد الواردة إليه[1].

* * *

وَمِنهَا ما يُفسد العقدَ كالمُزَابَنـةِ، وهيَ بيعُ مجهـولٍ بمجْهُولٍ أوْ معلوم مِن جنسِه، وكَبَيْعِ مَا فيهِ خُصومةٌ أو بيعِ شيْءٍ بالنَّفَقَةِ على البائِع مدَّةَ حيَاتِه.

وكَبَيعِ سِلْعةٍ بكذا على أنه إن نَقَدَ وإلّا فَبأكْثَرَ وكبيعِ حاملٍ بشرْطِ الحَملِ، فإن فَاتتْ في هذا المثالِ فالقيمةُ.

* * *

يعني أن من البيوع المنهي عنها ما يحرم ويُفسد عقد البيع كالمزابنة وتقدمت الإشارة إليها، ولها تفسيرات مختلفة. ومنها ما ذكر المصنف بيع مجهول عدده أو كيله أو وزنه بمعلوم قدره من جنسه أو بيع مجهول بمجهول.

وذكر ذلك أبو عمر وقال: «إن لم يدخل في ذلك الربا دخلته المخاطرة والقمار»[2].

وكبيع ما فيه خصومة بحيث يتوقف تسليمه على منازعة كبيع سلعة مغصوبة أو مسروقة.

وكبيع سلعة في مقابل أن ينفق المشتري على البائع مدة حياته، لما في

(1) الشرح الكبير للدردير ٣/٧٠.
(2) الكافي ٢/٦٥٤.

ذلك من الغرر بعدم معرفة النفقة. وأخطر من ذلك أن يعطيه مالاً على أن يُؤمن عليه حياته، وهو ما يعرف اليوم عند شركات التأمين التجاري بالتأمين على الحياة، وقد سبق أن تكلمنا على حرمة التأمين التجاري بمختلف أنواعه.

وكاجتماع بيعتين في بيعة واحدة كأن يبيعه سلعة على أنها بمائة درهم نقداً أو بمائة وخمسين لأجل سنة دون البت بأحد الثمنين مع لزوم العقد[1].

وكبيع حامل ويشترط المشتري في العقد أن تكون حاملاً، لما في ذلك من الغرر، لأنه لا يعلم هل ينفش الحمل أو تلد ذكراً أو أنثى؟ أما بيعها بدون شرط الحمل فجائز.

فإن وقع البيع في هذه رد المبيع إن لم يفت، وإلا مضى بالقيمة إن تبين عدم حملها وإلا فبالثمن لأن بيع الحامل بشرط الحمل مختلف فيه خارج المذهب[2].

والأصل في ذلك كله ما في الموطإ والصحيحين: «عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ: «نهى عن المزابنة والمحاقلة»[3].

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر»[4]. وروى مالك نحوه مرسلاً عن سعيد بن المسيب»[5].

قال الخطابي: «وأبواب الغرر كثيرة وجماعها ما دخل في المقصود منه الجهل»[6].

---

(١) شرح الزرقاني على الموطإ ٣/٣١١.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٩٥.

(٣) الموطأ ٢/٦٢٥ وزاد المسلم ٥/٤٨٠-٤٨٣.

(٤) صحيح مسلم ٣/١١٥٣.

(٥) الموطأ ٢/٦٦٤.

(٦) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٥/٤٨.

ولا شك أن بيع الشيء بالنفقة على البائع مدة حياته وبيع ما فيه خصومة وبيع حامل بشرط الحمل- يدخل في بيع الغرر الذي نهى رسول الله ﷺ عنه.

أما اجتماع بيعتين في بيعة واحدة فالأصل في منعه وفساده ما أخرجه مالك بلاغاً، وأخرجه الترمذي: «عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»[1]. قال الترمذي: «حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وقد فسره بعض أهل العلم، قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما»[2].

وفسره مالك بنحو هذا، ففي الموطإ: «قال مالك في رجل، اشترى من رجل سلعة بدينار نقداً، أو بشاة موصوفة إلى أجل قد وجب عليه بأحد الثمنين، إن ذلك مكروه لا ينبغي، لأن رسول الله ﷺ قد نهى عن بيعتين في بيعة، وهذا من بيعتين في بيعة»[3].

والكراهة هنا بمعنى المنع[4].

* * *

وكَفسْخِ مَا في الذِّمةِ في مُؤَخَّرٍ، وَلَوْ مُعَيَّناً يَتَأَخَّرُ قَبْضُه كَغَائِبٍ وَمُواضَعَةٍ ومَنافعِ معيَّنٍ، وكَبَيْعِ دَينٍ لك على زيدٍ بدَينٍ في ذمَّةِ عمروٍ، وَكابتدَاءِ الدَّينِ بالدَّيْنِ بأن تُسْلِمَ بشيءٍ مع تأخيرِ المسلَمِ أكثرَ من ثلاثةِ أيَّامٍ.

* * *

(١) الموطأ ٢/٦٦٣ وسنن الترمذي ٢/٣٥٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الموطأ ٢/٦٦٣.

(٤) شرح الزرقاني على الموطإ ٣/٣١٢.

يعني أن من البيوع التي تحرم وتُفسد العقد ـ **فسخ الدين في الدين**، وهو فسخ ما في ذمتك من الدين في دين مؤخر من غير جنسه، أو من جنسه بأكثر، كعشرة دراهم تفسخ في دينار أو أحد عشر درهماً، فبدلاً من تحمل العشرة دراهم تتحمل ديناراً أو أحد عشر درهماً. هذا إذا كان المفسوخ فيه في الذمة، بل ولو كان معيناً يتأخر قبضه، كأن تتحمل بدل العشرة عقاراً أو حيواناً غائباً عن محل الفسخ لأن ضمانه لا ينتقل إلى رب الدين إلا بالقبض.

وكفسخ ما في الذمة في أمة مواضعة، وهي الأمة الأيِّمُ التي تراد للوطء فتُوضع عند أمين حتى تحيض أو يظهر بها حمل، فلا يجوز فسخ الدين فيها لأنها لا تدخل في ضمان المشتري إلا برؤية الحيض.

وكفسخ ما في الذمة في منافع شيء معين، كأن يفسخ ما عليه من الدين في ركوب دابة أو سكنى دار معينتين، فلا يجوز ذلك عند ابن القاسم، وقال أشهب بالجواز.

ومنها **بيع الدين بالدين** كأن يكون لك على رجل دين، فتبيعه بدين على رجل آخر. أما بيعه بمعين يتأخر قبضه فيجوز، كما يجوز بيعه بمنافع شيء معين[1].

ومنها **ابتداء الدين بالدين** وهو تأخير رأس مال السلم أكثر من ثلاثة أيام، كأن تسلم له مائة درهم في عرض أو حيوان على أن لا تُسَلِّمه المائة إلا بعد ثلاثة أيام.

والأصل في ذلك كله ما أخرجه الدارقطني: «عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء» قاله في منتقى الأخبار[2].

قال الشوكاني: «الحديث صححه الحاكم على شرط مسلم، ثم ذكر

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٨٢/٥.
(٢) نيل الأوطار ٢٥٤/٥ ـ ٢٥٥.

أن بعض رواته مضعف وقال نقلاً عن أحمد: «ليس في هذا أيضاً حديث يصح، ولكن إجماع الناس أنه لا يجوز بيع دين بدين»[1] كما حكى ابن المنذر الإجماع على ذلك. قال: «وأجمعوا على أن بيع الدين بالدين لا يجوز»[2].

والكالىء هو النسيئة، يقال: كلأ الدين كلوءاً فهو كالىء إذا تأخر، ومنه قولهم: «بلغ الله بك أكلأ العمر، أي أطوله، وأكثره تأخراً». قاله في النهاية[3].

* * *

وَكَبَيْعِ طَعَامٍ مُعَاوَضةٍ قَبْلَ قَبْضِهِ لا إقراضه أو الْوفاء به عن قرضٍ، وكتفريقِ أمٍّ عاقلةٍ من ولدِها قبل أن تَسْقُطَ أسنانُ اللبن، إن لم ترضَ وكبيعٍ بشرطٍ يُناقِضُ المقصُودَ كعَدم البيعِ أو الانتفاعِ إلا بتنجيز الْعِتقِ والصَّدقةِ.

* * *

يعني أن بيع طعام المعاوضة قبل قبضه ـ منهي عنه ويُفسد العقد، وعبر بالمعاوضة لتشمل البيع وما في حكمه كهبة الثواب والخلع والمهر ولو كان رزق موظف، فلا يجوز بيعه قبل قبضه.

أما دفعه قرضاً أو قضاء عن قرض قبل قبضه فجائز، لأن الإقراض ووفاء القرض ليسا ببيع.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك والشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» وفي رواية:

(١) المرجع السابق.
(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٩٢.
(٣) النهاية ٤/١٩٤.

«فلا يبعه حتى يقبضه»[1]. وفي رواية للشيخين: «قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله»[2] يعني الطعام كما في رواية أخرى لمسلم[3].

ولا خلاف بين الأئمة في منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه، وحكى ابن المنذر على ذلك الإجماع[4].

واقتصر إمامنا مالك على ذلك وأجاز بيع المبيع قبل قبضه في غير طعام المعاوضة، قال ابن المنذر: وهو أصح المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى[4].

وقال الشافعي: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه، طعاماً كان أو غيره. وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض. وقال أحمد يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون والمعدود والمذروع[5].

قلت: ويدخل في منع بيع الطعام قبل قبضه ـ بيع الوثائق المعوضة التي تسلمها الحكومات عن طريق السلطات الإدارية أو المؤسسات التجارية كشركة الإيراد والتصدير في بلادنا: (موريتانيا) وفي تلك الوثائق طعام كالسكر والأرز والقمح، فتعطى الوثائق لفرد أو جماعة فيشتريها منهم تاجر قبل استلام ما فيها من المخازن التي بها.

والأصل في ذلك ما في صحيح مسلم: «عن سليمان بن يسار عن أبي هريرة أنه قال لمروان: أحللت بيع الرِّبَا. فقال مروان: ما فعلت، فقال

---

(١) الموطأ ٢/٦٤٠ وزاد المسلم ٣/٢٤.

(٢) صحيح البخاري ٢/٧٥١ وصحيح مسلم ٣/١١٥٩.

(٣) صحيح مسلم ٣/١١٦٠.

(٤) المجموع ٩/٢٧٠ ـ ٢٧١.

(٥) المرجع السابق ومعالم السنن مع مختصر أبي داود ٥/١٣٠ ـ ١٣٣ والروض المربع ٢/٢٠٠.

أبو هريرة: أحللت بيع الصِّكاك، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يُستوفى. قال: فخطب مروان الناسَ فنهى عن بيعها، قال سليمان: فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس»[1]. وأخرجه مالك بلاغاً[2].

قلت: والصكوك: (الوثائق) التي تعطى في بلادنا منها ما يعوض عنه ومنها ما يعطى مجاناً.

فأما ما كان منها بعوض فلا يجوز بيعه قبل قبض ما يحتوي عليه، لأن الدليل الذي منع صكوك مروان فيما كان منها بعوض كأرزاق القضاة وغيرهم من الموظفين يتناول هذه الصكوك.

أما ما كان منها بغير عوض مثل ما يدفع من الإسعاف مجاناً للفقراء والمعوزين فإنه يجوز بيعه قبل قبض ما فيه، لأنه لا يختلف عما فرض عمر لأزواج النبي ﷺ ولضعفة المسلمين.

ففي العتبية: «من رواية أشهب عن مالك فيما فرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأزواج النبي ﷺ من الأرزاق من طعام فلا بأس ببيع مثل هذه الأرزاق قبل قبضها». نقله الباجي[3]. ونقل عن ابن حبيب قوله في واضحته: «ما كان من أرزاق القضاة أو الكتاب أو المؤذنين وأصحاب السوق ـ من الطعام فلا يباع حتى يقبض، وما كان من صلة أو عطية من غير عمل فذلك جائز»[4]اهـ.

وقوله: «وكتفريق أم عاقلة من ولدها..» إلخ يعني أنه يحرم أن يفرق ببيع أو غيره بين أم عاقلة وولدها دنية قبل سقوط أسنانه اللبنية ونبات أخرى بدلها في الوقت المعتاد، ما لم ترض الأم بالتفريق فيجوز ذلك بناء على أن

(١) صحيح مسلم ٣/١١٦٢.
(٢) الموطأ ٢/٦٤١.
(٣) المنتقى ٤/٢٨٤.
(٤) المرجع السابق.

الحق لها على المشهور وهو ما استحسنه اللخمي، وقيل: إن الحق للولد فيمنع ذلك ولو رضيت واختاره ابن يونس والمازري وغيرهما. فإن وقع البيع المشتمل على التفريق بين الأم وولدها فسخ إن لم يجمعهما المتبايعان في ملك. ويجبران على جمعهما في حوز، ومثل البيع هبة الثواب[1].

والأصل في ذلك حديث أبي أيوب الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرَّق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة». رواه أحمد وصححه الترمذي والحاكم. ولكن في إسناده مقال، وله شاهد[2].

وقال الشافعي: يحرم التفريق بين الوالدين والمولودين وإن سفلوا. وقال أبو حنيفة وأحمد: يحرم التفريق بين كل ذوي رحم محرم[3].

واستـدلا بحديث علي قال: «وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لي رسول الله ﷺ: «يا علي ما فعل غلامك؟» فأخبرته، فقال: «رُدَّه رُدَّه» أخرجه الترمذي وحسنه[4].

وروى أحمد نحوه عن علي رضي الله عنه، بلفظ: «أمرني رسول الله ﷺ أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما ففرقت بينهما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «أدركهما فارتجعهما، ولا تبعهما إلا جميعاً». قاله في بلوغ المرام، قال: «ورجاله ثقات، وقد صححه ابن خزيمة وابن الجارود، وابن حبان والحاكم والطبراني وابن القطان»[5].

فإن فرق بين الآباء والأولاد وإن سفلوا ـ قبل سبع سنين بطل البيع عند

---

(١) منح الجليل ٢/٥٦٧ والشرح الصغير ٣/١٠١.

(٢) بلوغ المرام ص ١٦٥ وسنن الترمذي ٢/٣٧٦.

(٣) مغني المحتاج ٢/٣٨ واللباب ١/٢٥٧ والمغني ٤/٢٩٤.

(٤) سنن الترمذي ٢/٣٧٦.

(٥) بلوغ المرام ص ١٦٥.

الشافعي وإن رضي الآباء. وإن فرق بين ذوي الرحم قبل البلوغ فالبيع باطل عند أحمد، أما عند أبي حنيفة فالبيع صحيح مع كراهة التحريم(١).

وقوله: «وكبيع بشرط يناقض المقصود. .» إلخ يعني أنه يحرم بيع مع شرط يناقض المقصود من البيع، كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع السلعة المشتراة ولا يهبها، ولا يلبسها إن كانت ثوباً، ولا يركبها إن كانت دابة أو سيارة أو طائرة.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أحمد: إن شرط واحداً من تلك الشروط صح البيع ولزم الشرط، وإن شرط شرطين فأكثر بطل البيع(٢).

وقوله: «إلا بتنجيز العتق والصدقة» يعني أن المبيع إذا كان رقيقاً واشترط البائع على المشتري أن ينجز عتقه بمجرد الشراء أو على أنه حر بمجرد الشراء، فإن المشتري يلزمه ذلك ويمضي البيع لتشوف الشارع للحرية، وكذلك إذا وقع الشرط في البيع على أن يتصدق بالسلعة المشتراة، أو تُحَبَّس وغير ذلك من أنواع الخير. فإن الشرط والبيع ماضيان.

ومشهور مذهب الشافعي أن العبد إذا بيع بشرط العتق ـ أن البيع صحيح والشرط ماض. وبه قال أحمد(٣).

وقال أبو حنيفة: إن البيع فاسد، وإن أعتقه المشتري قبل الفسخ مضى ولزمه الثمن عند أبي حنيفة، وتلزمه القيمة عند صاحبيه(٤).

والأصل في منع البيع بشرط يناقض المقصود حديث عمرو بن شعيب قال: حدثني أبي عن أبيه حتى ذكر عبدالله بن عمرو قال قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع». أخرجه أبو داود. قال المنذري:

---

(١) مغني المحتاج ٢/٣٩ والمغني ٤/٢٩٤ ـ ٢٩٥ واللباب ١/٢٥٨.
(٢) المجموع ٩/٣٧٦ والمغني ٤/٢٤٨ ـ ٢٤٩.
(٣) المجموع ٩/٣٦٦.
(٤) الهداية ٣/٤٨.

«وأخرجه الترمذي وابن ماجه. وقال الترمذي: حسن صحيح»[1].

وذكر الخطابي أنه لا فرق بين شرط واحد ينافي المقصود، وبين شرطين أو شروط ذات عدد في مذاهب أكثر العلماء، وفرق أحمد بن حنبل بين شرط واحد وبين شرطين اثنين[2].

* * *

وكَبَيعٍ بشرطِ سلفٍ، وصحَّ إن حُذِفَ الشَّرطُ ولو غاب عليهِ. وفيه إن فات الأكثرُ من الثمنِ والقيمةِ يَوم قبضِه إن أسلفَ المشتري كالمُناقِضِ، وإلَّا فالعَكسُ.

* * *

يعني أن من البيوع المنهي عنها وتفسد ـ كلَّ بيع مع شرط يُخل بالثمن بحيث يُؤدي الشرط إلى نقص أو زيادة في الثمن، كبيع بشرط سلف من البائع أو المشتري. كأن يقول البائع: أبيعك سلعة بشرط أن تسلفني أو أسلفك، أو يشترط المشتري مثل ذلك في اشترائها.

والأصل في ذلك ما في الموطإ: «عن مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ: نهى عن بيع وسلف.

قال مالك: وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا، فإن عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز، فإن ترك الذي اشترط السلف ما اشترط منه، كان ذلك البيع جائزاً»[3].

وقد وُصل الحديث عن طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده،

(١) مختصر سنن أبي داود ٥/١٤٤ ـ ١٤٦.
(٢) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٥/١٤٥.
(٣) الموطأ ٢/٦٥٧.

قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك» أخرجه الخمسة وصححه الترمذي وابن خزيمة. قاله في بلوغ المرام[1].

وبه قال الشافعي وأحمد وغيرهما[2]. قال الباجي: «وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك»[3] وقال في المغني: «ولا أعلم فيه خلافاً»[4].

وقوله: «وصح إن حذف الشرط» يعني أن البيع يصح إن حذف الشرط المخل بالثمن كشرط السلف، هذا إذا لم يغب المتسلف على السلف، بل ولو غاب المتسلِّف منهما عليه على المشهور، ومقابل المشهور قول سحنون وابن وهب: أن البيع لا يصح مع الغيبة على السلف[5].

وقوله: «وفيه إن فات الأكثر من الثمن. .» إلخ يعني أن البيع بشرط السلف إذا وقع وفات المبيع بيد المشتري فإن عليه الأكثر من الثمن والقيمة يوم قبضه إن كان مقوماً، وإلا فعليه مثله. هذا إذا كان المشتري هو الذي أسلف.

وقوله: «كالمناقض. .» يعني أن الشرط المناقض للمقصود فيه أيضاً الأكثر من الثمن والقيمة إذا فات المبيع بيد المشتري، فعلى صاحب الشرط المناقض الأكثر منهما لأن شرطه غالباً يلزم منه النقص في الثمن.

وإذا كان السلف من البائع فالعكس، أي يلزم المشتري الأقل من الثمن والقيمة، لأن الشأن في سلف البائع الزيادة، فعُومِل بنقيض قصده.

* * *

(١) بلوغ المرام ص ١٦٢ - ١٦٣.
(٢) مغني المحتاج ٣١/٢ والمغني ٢٥٩/٤.
(٣) المنتقى ٢٩/٥.
(٤) المغني ٢٥٩/٤.
(٥) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٠٤/٣.

وكَبيْعٍ بعد نِداءِ الجُمعةِ الثَّاني أو رُكونِ السَّائمِ، وكبيعِ حاضرٍ سلعةَ عموديٍ لم يَعرف ثمنَها.

* * *

يعني أن البيع منهي عنه عند الشروع في الأذان الثاني للجمعة إلى انتهاء صلاتها، ومثل البيع الإجارة والتولية والشركة والإقالة فيحرم الجميع ويفسخ.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّها الذِينَ آمَنُوا إذا نُودِيَ للصَّلاةِ مِن يَوْم الجُمعة فَاسْعوا إلى ذِكرِ اللَّهِ وَذَرُوا البَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إن كُنْتُمْ تَعْلَمُون﴾[1]. وتقدم الكلام مستوفى على هذه المسألة في كتاب الصلاة بباب الجمعة من هذا الكتاب أوردنا فيه الأدلة ومذاهب الأئمة[2].

وقوله: «أو ركون السائم» يعني أن السوم على السائم الذي تراكن مع صاحبه وتقاربا ـ منهي عنه ويفسد البيع لحديث ابن عمر مرفوعاً عند مالك والشيخين: «لا يبع بعضكم على بيع بعض»[3]. وتقدم أن البيع هنا بمعنى الشراء والسوم.

قال مالك في تعليقه على هذا الحديث: «إنما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه إذا ركن البائع إلى السائم وجعل يشترط وزن الذهب، ويتبرأ من العيوب وما أشبه هذا، مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم، فهذا الذي نُهي عنه والله أعلم». قال: «ولا بأس بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد». ثم قال: «ولم يزل الأمر عندنا على هذا»[4] اهـ.

(١) الجمعة ٩.

(٢) انظر ج ١ من هذا الكتاب ص ٥٥٣ ـ ٥٥٥ (تبيين المسالك).

(٣) الموطأ ٢/٦٨٣.

(٤) المرجع السابق.

وبه قال أحمد[1]، وقال أبو حنيفة والشافعي: البيع حرام ولكنه غير فاسد[2].

وقوله: «وكبيع حاضر لعمودي. .» يعني أن بيع الحضري للبدوي منهي عنه وفاسد ولو بإرسال البدوي للحضري سلعة لم يعرف ثمنها ليبيعها له في الحاضرة، أما الشراء له فجائز، قال خليل: «وجاز الشراء له»[3].

والأصل في ذلك حديث ابن عمر المتقدم: «ولا يبع حاضر لباد». أخرجه مالك والشيخان، ومثله للشيخين من حديث ابن عباس. قال طاوس: «فقلت لابن عباس: ما قوله: «لا يبع حاضر لباد؟» قال: لا يكون له سمساراً»[4]

وفي رواية لمسلم من حديث جابر مرفوعاً بزيادة: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[5].

وبه قال أحمد، وقال الشافعي وأبو حنيفة: هذا النوع من البيوع محرم ولكنه غير فاسد[6].

أما بيع الحاضر للحاضر والبادي للبادي فلا خلاف في جوازه. قال ابن حزم: «واتفقوا أن بيع الحاضر للحاضر والبادي للبادي جائز»[7].

* * *

ومن البيوع المنهي عنها بيع العربان[8] لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه

---

(١) المغني ٤/ ٢٣٥.
(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٥ـ ٣٧ واللباب ١/ ٢٥٦ـ ٢٥٧.
(٣) مختصر خليل ص ١٧٧.
(٤) صحيح البخاري ٢/ ٧٥٧ـ ٧٥٨ وصحيح مسلم ٣/ ١١٥٧.
(٥) المرجع السابق.
(٦) المغني ٤/ ٢٣٧ ومغني المحتاج ٢/ ٣٥ـ ٣٦ واللباب ١/ ٢٥٦ـ ٢٥٧.
(٧) مراتب الإجماع ص ١٠٢.
(٨) يقال عُرْبان وعُرْبون وعَرَبون، سمي بذلك لأن فيه إعراباً بعقد البيع، النهاية لابن الأثير ٣/ ٢٠٢.

عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان. أخرجه مالك بلاغاً عن الثقة[١].

ورواه عنه أبو داود وابن ماجه في سننهما[٢].

وقد وصله ابن عبدالبر بقوله: «وأشبه ما قيل فيه أنه أخذه عن ابن لهيعة أو عن ابن وهب عن ابن لهيعة، لأن ابن لهيعة سمعه من عمرو بن شعيب»[٣].

وفسر مالك بيع العربان فقال: «وذلك فيما نُرى ـ والله أعلم ـ أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكارى الدَّابة، ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتكه هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء»[٤].

قال ابن عبد البر: «على قول مالك هذا جماعة فقهاء الأمصار من الحجازيين والعراقيين منهم الشافعي والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث، لأنه من بيع القمار والغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل». اهـ.[٥].

وعليه فإن مالكاً وأبا حنيفة والشافعي متفقون على منع بيع العربان، وقد أجازه الإمام أحمد قال في المغني: «قال أحمد: لا بأس به، وفعله عمر رضي الله عنه وعن ابن عمر أنه أجازه وقال ابن سيرين: لا بأس به»[٦].

قال الشوكاني: «والأولى ما ذهب إليه الجمهور، لأن حديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضاً، ولأنه يتضمن الحظر وهو أرجح من الإباحة كما تقرر في الأصول»[٧].

---

(١) الموطأ ٢/٦٠٩. (٢) مختصر سنن أبي داود ٥/١٤٢، وسنن ابن ماجه ٢/٧٣٨.
(٣) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ٢٤/١٧٦.
(٤) الموطأ ٢/٦٠٩ ـ ٦١٠. (٥) التمهيد ٢٤/١٧٨ ـ ١٧٩.
(٦) المغني والشرح الكبير ٤/٢٨٩. (٧) نيل الأوطار ٥/١٥٣ ـ ١٥٤.



فصـل

إنما يَنتَقِلُ ضمانُ الفَاسِدِ بالقبْضِ ، وَرُدَّ بلا غَلَّةٍ، فإن فات مضى المختلَفُ فيه بالثمنِ، وغيرُه بالقيمةِ يوم القبضِ ، وبمثلِ المثليِّ إن عُلِمَ وَوُجِدَ.

* * *

يعني أن البيع الفاسد الذي تقدم ذكره ـ ينتقل فيه ضمان المبيع إلى المشتري بالقبض المستمر للسلعة، سواء نقد المشتري الثمن أم لا. ويرد المبيع للبائع وجوباً إن لم يفت، وإن كانت له غلة وأخذها المشتري فليس عليه ردها، لأن الغلة في مقابلة الضمان، كما أن المشتري لا يرجع بما أنفق على المبيع، لأن من له الغلة عليه النفقة[1].

والأصل في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان» رواه الخمسة وضعفه البخاري وأبو داود، وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن القطان. قاله في بلوغ المرام[2].

---

(١) شرح الزرقاني على خليل ٥/٩٣.
(٢) سبل السلام ٣/٨٣١.

ومحل رد المبيع للبائع إذا لم يفت بأحد مفوتات البيع التي ستأتي إن شاء الله. فإن فات المبيع فاسداً بيد المشتري، مضى المختلف في منعه بين العلماء ولو خارج المذهب بالثمن، ومضى المتفق على منعه بالقيمة يوم القبض. وتقدم ذكر البيوع المختلف في منعها والمتفق عليه.

أما إذا كان المبيع فاسداً ـ مثلياً ـ وهو ما حصره كيل أو وزن أو عدد ولم تختلف أفراده ولم تدخله صنعة عظيمة ـ كما تقدم ـ فإنه إن فات يُرد مثله إن عُلِم قدرُه ووجد في البلد، فإن لم يعلم قدره أو علم ولم يوجد فترد قيمته يوم الحكم لا يوم القبض[1].

مثال ما لم يعلم قدره من المثلي ـ صُبرة بيعت جزافاً ولم يعلم قدر كيلها فإنها إذا فاتت ترد قيمتها يوم القضاء.

وقال الشافعي: يلزم رد المبيع فاسداً إلى بائعه فإن تلف لزم المشتري رد بدله قاله النووي قال: «وبه قال أكثر العلماء، وقال أبو حنيفة: يملكه بالقبض ملكاً ضعيفاً»[2].

قال القُدوري: «وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ـ ملك المبيع ولزمته قيمته، ولكل واحد من المتعاقدين فسخه، فإن باعه المشتري نفذ بيعه»[3].

قال في اللباب: «ملك المبيع بقيمته إن كان قِيميّاً» قال: «وبمثله إن كان مثلياً»[4]. وقال أحمد: يرد المبيع بنمائه، فإن تلف بيد المشتري رد قيمته[5].

* * *

---

(١) الشرح الصغير ٣/١١١.

(٢) المجموع ٩/٣٧٧.

(٣) اللباب ١/٢٥٥.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المغني: ٤/٢٥٣.

وَالفوَاتُ بِتَغيُّرِ سُوقِ غيرِ المِثليِّ والعقارِ، وبطولِ زمانِ حيوانٍ كشهرٍ، ونَقْلٍ لمحل بكلفةٍ، وتَغير ذَاتٍ وإن بسِمَنٍ أو هُزالٍ، وبالوطءِ أو الخروجِ عن اليدِ بكبيعٍ صحيحٍ أو تعلُّقِ حقٍّ للغيرِ كرهنٍ أو إجارةٍ.

* * *

شرع ـ رحمه الله ـ في تبيين مفوتات البيع الفاسد وهي متعددة. فمنها تغير السوق في غير المثلي والعقار كحيوان وعروض.

أما المثلي والعقار ـ وهو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر ـ فلا تفيتهما حوالة الأسواق. إلا إذا بيع المثلي جزافاً فيفوت بتغير سوقه.

ومنها طول الزمان في الحيوان كشهر، وقيل إن الشهرين والثلاثة ليست بطول والقولان في المدونة، والمعتمد منهما الأول[1].

ومنها نقل السلعة من محل لمحل آخر بكلفة في الواقع وإن لم يكن فيه مشقة على المشتري بأن حملها على دوابه برقيقه أو في سفينة ونحو ذلك.

ومنها تغير ذات السلعة المشتراة بكعَوَرٍ ونحوه، بل وإن كان التغير بطرو سمن أو هزال على الدابة أو الرقيق. .

ومنها وطء الأمة المشتراة ولو كانت ثيباً إن كان من بالغ، أو من صبي افتضها إن كانت بكراً، لأنه من تغير الذات.

ومنها خروج المبيع عن يد مشتريه ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة، أو تحبيس على الفقراء أو طلبة العلم ونحوهما. أما البيع الفاسد فلا

---

(١) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٧٢/٣.

يفيت، وبيع بعض ما لا ينقسم كبيع الكل، وكذلك بيع أكثر من نصف ما ينقسم.

ومنها تعلق حق للغير بالمبيع فاسداً كرهنه ولم يقدر على خلاصه. فإن قدر على خلاصه لم يكن فوتاً، وكإجارته اللازمة، بأن كانت وجيبة أو نقد كراء أيام معلومة، ولم يقدر على فسخها بتراض.

قاله في الشرح الكبير[1].

* * *

وبِحَفْرِ بئرٍ أو غرسٍ وبناءٍ بأرض إن عظُمت المؤونةُ وارتفعَ حكمُ الفواتِ إن عاد المبيعُ إلا تغير السوق.

* * *

يعني أن فوات العقار المبيع فاسداً ـ يقع بإحداث تعمير أو هدم أو قلع فيه كحفر بئر أو عين لماشية أو هدم بناء أو قلع شجر. وكغرس أو بناء عظيمي المؤونة. ومثل الغرس والبناء القلع والهدم فهما مفوتان إن كان كل واحد منهما عظيمَ المؤونةِ.

أما إذا كان كل من الغرس والبناء والقلع والهدم خفيف المؤونة، فإنه لا يفيت شيئاً، بل ترد الأرض لبائعها.

مثل غرس شجرتين ونحوهما وبناء حائط خفيف ـ ويعطى للغارس والباني قيمة غرسهما وبنائهما قائماً على وجه التأبيد، لأنهما فعلاهما بوجه شبهة[2].

وإذا عم البناء والغرس أو أحدهما أقل من ربع الأرض فإن ذلك لا

(١) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٧٤.
(٢) الشرح الصغير ٣/١١٤.

يفيت شيئاً منها، وإن كان الربع أو الثلث فات الربع أو الثلث وحده، أي الجهة التي بها وإذا عم أكثر من الثلث فإنه يفيت الأرض كلها.

وقال أبو الحسن: إن النصف كالربع والثلث ـ يفيت نصف الأرض فقط وما زاد عليه يُفيت الأرض كلها.

وهو ما يفيده كلام ابن رشد(١).

والمعتبر في الأرض قيمتها لا مساحتها، فيقال ما قيمة تلك الجهة وما قيمة الجهة الباقية. وبذلك يعرف قدر الربع والثلث وما دونهما وما فوقهما(٢).

وقوله: «وارتفع حكم الفوات..» إلخ يعني أن المبيع فاسداً إذا فات ثم عاد لحالته الأصلية فيما يمكن عوده كالسِّمن والهزال ـ فإن حكم الفوات ـ وهو لزوم رد مثل المثلي وقيمة المقوم ـ يرتفع، أي يزول، فيكون كأن لم يفت وسواء كان عوده اختياراً، كما لو اشترى سلعة شراءً فاسداً وباعها بيعاً صحيحاً، ثم اشتراها من الذي باعها له، أو كان عوده اضطراراً كإرث، فإنه يصير كأن لم يحصل فيه مفوت ويرد لصاحبه الأصلي، إلا إذا حكم حاكم بعدم رده فلا يرد.

إلا إذا كان الفوات بتغير السوق فلا يرتفع حكم الفوات، لأنه ليس من سبب المشتري، فلا يُتهم على أنه حصله من أجل أن يُفوِّت السلعة على ربها بحيث لا ترد، فلذا إذا عاد السوق الأول لم يزل فواتها على ربها باقياً لأنه أمر من الله، بخلاف البيع والصدقة قاله الدسوقي(٣).

---

(١) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٧٤ ـ ٧٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فَصْلٌ في بيُوع الآجَال



اعلَم أن مَا بِعتَه إلى أجلٍ ثم اشتريتَه بمثلِ الثمنِ جنساً أو صفةً ـ ممنوعٌ إن تُعُجلَ الأقل أو بعضُه على الأكثرِ، كأن تبيعَه بعشرة إلى رجب وتشتريَه بثمانيةٍ نقداً أو لدونِ الأجَلِ أو باثنيْ عشر لأبعَد من الأجَلِ الأوّلِ. وتعجيـلُ بعض الأقلِّ ممنوعٌ، كبيعه بِعَشرةٍ وتشتريه إلَى أجلٍ بثمانيَةٍ بعضُها قبل الأجَلِ الأوَّلِ..

* * *

بيوع الآجال: بيوع ظاهرها الجواز، لكنها يتوصل بها إلى الحرام فمنعت سداً للذريعة، لأن الوسيلة إلى الحرام حرام.

وتقدم الكلام على سد الذرائع في مقدمة هذا الكتاب، بَيَّنَّا فيه مفهوم الذرائع وأنواعها وأحكامها ومذاهب الأئمة فيها[1].

فمن باع سلعة إلى أجل محدد ثم اشتراها هو نفسه أو وكيله من المشتري أو وكيله بجنس ثمنها الذي باعها به نوعاً وصفة ـ فإن البيع ممنوع

(١) انظر ج ١ ص ٢٩ ـ ٣٠ من هذا الكتاب (تبيين المسالك).

إن تُعجِّل فيه الثمن الأقل كله أو بعضه، كأن يبيعها بألف درهم لأجل معين ثم يشتريها بثمانمائة نقداً كلها أو بعضها أو لأجلٍ دون الأجل الأول.

. أو يشتريها بألف ومائتين لأجل أبعد من الأجل الأول. أما إذا تساوى الأجلان فلا بأس باختلاف الثمنين، كما أنه لا بأس باختلاف الأجلين إذا تساوى الثمنان.

وقوله: «وتعجيل بعض الأقل ممنوع. .» إلخ يعني أن الثمن الثاني إذا كان أقل وتعجل بعضه على الأكثر كله أو على بعضه ـ فإن ذلك ممنوع. مثال ذلك أن يبيعه سلعة بمائة لأجل ثم يشتريها منه بثمانين، أربعون منها نقداً وأربعون لأجل دون الأجل الأول أو للأجل الأول نفسه. لأنه آل أمره أنه دفع أربعين ليأخذ عنها ستين فيما بعد. وأربعين ليأخذ عنها أربعين ففي ذلك سلف جر نفْعاً.

وكما أن تعجيل الأقل ممنوع فإن تعجيل بعض الأكثر وتأجيل بعضه لأجل أبعد من الأجل الأول ممنوع كمن يبيع سلعة بألف لأجل شهر، ثم يشتريها بألف ومائتين: ستمائة نقداً وستمائة لأجل شهرين. فالمشتري الأول يدفع بعد شهر ألفاً، ستمائة منها عن ست المائة التي أخذ مسبقاً وأربعمائة يأخذ عنها فيما بعد ستمائة وفي هذا سلف جر نفعاً[1].

* * *

وَلا فَرقَ في المنعِ بين أن تَشتريَ عَيْنَ ما بعتَ أو مماثلَه كبيعِكَ إردب قمح ثم تشتري في الصُّورِ المتقدمَةِ مثلَه.

ومُنِع ما أدى إلى صَرفٍ مؤخر كبيعِه إلى أجلٍ بدرَاهم ثم يَشتري ذلك بدَنانير أو العَكس.

* * *

---

(١) منح الجليل ٢/٥٨٨ ـ ٥٩١.

يعني أن الصور الممنوعة من بيوع الآجال والتي تقدم ذكرها، لا فرق فيها بين شراء عين المثلي الذي باع وشراء مثله من المشتري، كأن يبيعه إرْدَبَّ قمح ثم يشتري منه إردَبَّ قمح آخر مثله.

والإرْدَبُّ: مكيال معروف يسع أربعة وعشرين صاعاً[1].

تنبيه: إذا نظرنا إلى بيوع الآجال نجد أن السلعة المبيعة لأجل إما أن يشتريها بائعها ممن اشتراها منه نقداً، أو للأجل الأول، أو لأجل أقرب منه، أو أبعد. فهذه أربع صور، وفي كل منها إما أن يشتريها بمثل الثمن الأول أو أقل أو أكثر.

فتحصلت اثنتا عشرة صورة، والممنوع منها الثلاث المذكورة آنفاً وهي ما تعجل فيه الأقل كله أو بعضه[2]. ونظم ذلك العلامة الشيخ محمذ فال بن أحمد فال التندغي فقال:

صُوَرٌ بيعِ تهمةٍ رمزُ يَبِ ... أُجيزَ بعضُها وبعضُها أُبي
جوازُ ما قلَّ لأبعدَ جَلِي ... كالعَكسِ نَقْداً أو لدُون الأجلِ
ومَنْعُ أكثر على أبْعَد أوْ ... أقلَّ نقداً أو لدُونٍ قدْ رَأوْا
وجائزٌ لدى اتفاق الأجلِ ... أو ثمنٍ من غير قيدٍ مُنجلِ
نَصَّ عَلى الكُلِّ خليلُنا ونَصْ ... ابنُ أبي زيد بمفهوم ونصْ

وقوله: يب يرمز إلى اثنتي عشرة فالياء: عشر والباء: اثنتان.

وقوله: «ومنع ما أدى إلى صرف مؤخر..» إلخ يعني أنه يحرم بيع سلعة بذهب لأجل ثم اشتراؤها بفضة في جميع صور بيوع الآجال الاثنتي عشرة، الآنفة الذكر. وكذلك يحرم العكس في جميع الصور وهو بيعها بفضة

(١) النهاية لابن الأثير ٣٧/١.
(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٧٨/٣.

لأجل ثم اشتراؤها بذهب، لما في ذلك من تهمة الصرف المؤخر الذي تقدم أنه ممنوع.

إلا إذا كان ما تعجل أكثر من قيمة المتأخر بقدر نصفه فأكثر، كبيع سلعة بدينار لأجل ثم شراؤها بستين درهماً نقداً وصرف الدينار عشرون درهماً ـ فيجوز ذلك لنفي التهمة، إذ لا يُتصور أن عاقلاً يُعجِّل ستين ليأخذ عنها ما قيمته عشرون إلا لقصد المعروف[1].

* * *

وَالبيعُ الأَوَّلُ مِن بُيُوعِ الآجَالِ صحيحٌ ويُفسَخُ الثَّاني فإن فاتَ فلا مُطالبَةَ لأحدهما على الآخر.

* * *

يعني أن البيع الأول من بيوع الآجال صحيح ولازم بالثمن المؤجل؛ ويفسخ البيع الثاني إن كانت السلعة قائمة بيد المشتري الثاني وهو بائعها الأول.

فإن فات البيع الثاني بيد المشتري الثاني وهو البائع الأول بأحد مفوتات البيع الفاسد التي تقدم ذكرها ـ فيفسخان معاً لسريان الفساد للأول بالفوات، وحينئذ فلا مطالبة لأحد منهما على الآخر[2].

والأصل في بيوع الآجال الممنوعة ما أخرجه أحمد عن أبي إسحاق عن زوجته العالية قالت: «دخلت على عائشة في نسوة، فقالت: ما حاجتكن؟ فكان أول من سألها أم محبَّة فقالت: يا أم المؤمنين هل تعرفين زيد بن أرقم؟ قالت نعم. قالت: فإني بعته جارية لي بثمانمائة درهم إلى العطاء، وإنه أراد أن يبيعها فابتعتها بستمائة درهم نقداً، فأقبلت عليها وهي

(١) الشرح الصغير ١٢٢/٣.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٨٧/٣.

غضبى فقالت: بئسما شريتِ وبئسما اشتريت! أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، وأُفحمت صاحبتنا، فلم تتكلم طويلاً، ثم إنه سهل عنها فقالت: يا أم المؤمنين أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي؟ فتلت عليها: ﴿فَمَن جَاءَهُ مَوعِظَةٌ من رَبِّه فانتهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾[1].

ذكر ابن القيم هذا الحديث في تهذيبه وعقب عليه بقوله: «فلولا أن عند أم المؤمنين علماً لا تستريب فيه أن هذا محرم لم تستجز أن تقول مثل هذا بالاجتهاد»[2].

والحديث أخرجه الدارقطني، وقال: إن فيه امرأتين مجهولتين هما: أم محبة والعالية، ولا يحتج بهما[3].

ورد عليه ابن القيم بأن راوية الحديث: هي امرأة أبي إسحاق السبيعي وهي من التابعيات، وقد دخلت على عائشة.

وروى عنها أبو إسحاق وهو أعلم بها، وفي الحديث قصة وسياق على أنه محفوظ، وأن العالية لم تختلق هذه القصة ولم تضعها، بل يغلب على الظن غلبة قوية صدقها فيها وحفظها لها، ولهذا رواها عنها زوجها ميمون ولم ينهها عنها، ولا سيما عند من يقول: رواية العدل عن غيره تعديل له.

والكذب لم يكن فاشياً في التابعين فشوه فيمن بعدهم، وكثير منهم كان يروي عن أمه وامرأته ما يخبرهن به أزواج رسول الله ﷺ ويحتج به»[4]اهـ.

وبه قال أبو حنيفة[5] وأحمد. وأجازه الشافعي. قال في المغني: «من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً، لم يجز في قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي

---

(١) البقرة: ٢٧٥.
(٢) تهذيب ابن القيم مع مختصر أبي داود ٥/ ١٠٤ ـ ١٠٥.
(٣) سنن الدارقطني ٣/٥٢.
(٤) تهذيب ابن القيم مع مختصر سنن أبي داود ٥/١٠٥.
(٥) الهداية ٣/٤٧.

والنخعي. وبه قال أبو الزناد وربيعة وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي وأجازه الشافعي، لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها»[1] اهـ.

وتعرف بيوع الآجال عند الشافعي وأحمد بالعينة إلا أنهما يختلفان في حكمها، فأحمد منعها والشافعي أجازها كما تقدم. قال الرافعي: «وليس من المناهي: بيع العينة، وهو أن يبيع شيئاً من غيره بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبضه للثمن بأقل من ذلك نقداً، وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقداً ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول أو لم يقبضه. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهم: لا يجوز أن يشتري بأقل من ذلك الثمن قبل قبضه»[2] اهـ.

* * *

---

(١) المغني ٤/١٩٣ ـ ١٩٤.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع ٨/٢٣١ ـ ٢٣٢.

فَصْل في بَيْع العِيَنة



الْعِينَـةُ بيْعُ من طُلِبَتْ منه سِلعةٌ وليست عنده، فإن لَم يتراضَيَا على ثمنٍ فجائز، إلا إن قال: اشترِهَا بعشرةٍ نقداً وأشتريها باثنيْ عشرَ إلى أجلٍ، فإن قال: «لِي» لزمتِ الطالبَ بعشرة، وإن لم يقل مَضى الثاني على الأرجح. أو يقول: اشترها لي بعشرةٍ وانقدها وأَشتريهـا باثني عشـر نقداً فتلزَمُ الطالبَ بعشرةٍ، وللمطلوب الأقَلُّ من الدِّرهمين أو أجرِ مثلِه.

* * *

العِينة (بكسر العين): مشتقة من العون، لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده، وقيل: إنها مشتقة من العين وحاجة الرجل إليها، فيشتري السلعة ليبيعها بالعين التي يحتاجها، وليس به إلى السلعة حاجة[1].

أما تعريفها شرعاً فكما ذكر المصنف: شراء من طُلبت منه سلعةٌ، ليبيعها للطالب بربح.

وينقسم بيع العينة إلى ثلاثة أنواع: جائز ومحرم ومكروه.

ـ فالجائز هو أن يُطلَبَ من رجل سلعةٌ ليست عنده فيشتريها ويبيعها

(١) مواهب الجليل ٤/٤٠٤ وتهذيب ابن القيم مع مختصر سنن أبي داود ٥/١٠٨.

للطالب بثمن فيه ربح لم يتواعدا ولم يتراضيا عليه مسبقاً. وهذا هو معنى قول المصنف: «فإن لم يَتَراضيا على ثمن فجائز».

ـ أما النوع المحرم من بيع العينة فهو أن يقول الطالب للمطلوب اشتر سلعة كذا بعشرة دراهم نقداً، وأنا أشتريها منك باثني عشر درهماً لأجل معلوم كشهر أو شهرين. وهو معنى قول المصنف: «بخلاف اشترها بعشرة نقداً وأشتريها باثني عشر إلى أجل».

وقوله: «فإن قال: «لي» لزمت الطالب بعشرة. .» إلخ يعني أن المسألة الممنوعة الآنفة الذكر فيها تفصيل، فإن قال الطالب للمأمور: «اشتر «لي» سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر لأجل لزمت الطالبَ البيعةُ الأولى بعشرة نقداً وتُفسَخ البيعة الثانية، وللمأمور الأقل من جُعْل مثله أو الربح، وقيل لا جعل له. وإن لم يقل: اشتر «لي» بأن قال: اشترها لنفسك أو قال: اشتر ولم يقل لي ولا لنفسك ـ مضت البيعة الثانية بالاثني عشر على الأرجح فيدفعها للمأمور إذا حل أجلها، سواء كانت السلعة قائمة أو فاتت، لأن ضمانها منه لو تلفت.

ومقابل الأرجح أن البيع الثاني مفسوخ، إلا أن تفوت السلعة بيد الآمر فيمضي البيع، وتلزمُ الآمر للمأمور قيمةُ السلعةِ يوم قبض الآمر لها حالة[1].

وقوله: «أو يقول اشترها لي بعشرة وانقدها. .» إلخ يعني أن الطالب إذا قال للمطلوب: اشتر لي السلعة بعشرة دراهم نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر درهماً نقداً بشرط أن تنقد أنت العشرة ـ فإن ذلك يمنع لما فيه من اجتماع سلف وإجارة بشرط. فإن وقع ذلك لزمت الآمرَ السلعةُ بعشرة، وللمأمور الأقل من الدرهمين أو أجرة مثله على الأرجح، وقيل لا أجرة له، لأنه تتميم للفاسد، وهو قول ابن المسيب، واختاره ابن رشد وابن زرقون[2].

---

(١) منح الجليل ٢/٦٠٦ ـ ٦٠٧ ومواهب الجليل ٤/٤٠٧ والشرح الصغير ٣/١٢٩.

(٢) منح الجليل ٢/٦٠٧ ـ ٦٠٨.

أما إذا وقع النقد بغير شرط من الطالب، بل تطوع به المأمور فإن ذلك يجوز، كنقد الآمر بأن قال للمأمور: اشتر السلعة بعشرة نقداً وأنا آخذها باثني عشر نقداً ونقده عشرة منها، فإن ذلك جائز ولو بشرط من المأمور. وللمأمور في المسألتين الدرهمان مقابل عمله[1].

* * *

فإن لَّم يَقُل «لِي» كره كخُذْ بمائةٍ ما بِثَمانين، أو يَقولَ اشترها بعشرة لأجلٍ، وأشتريها منك بثمانيةٍ نقداً وتلزم في هذا الآمرَ بعشرة، وللمأمور أجرُ مثله، فإن لم يقل «لِي» فُسِخَ الثاني إن لم تفت السِّلعةُ، فإن فاتت ففي لُزومِ القيمةِ على الآمر يومَ قبضها أو نقدِ الثمانية قولان.

* * *

هذا هو النوع المكروه من بيوع العينة، فإذا قال الآمر للمأمور: اشتر سلعة كذا بعشرة نقداً، وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً ولم يقل «لي» بأن قال: اشترها لنفسك أو اشترها، ولم يقل «لي» - فإن ذلك مكروه على الراجح وقيل: إنه جائز بلا كراهة[2]. ثم شبه في الكراهة قوله: «كخذ بمائة ما بثمانين. .».

قال عياض: «كرهوا: أن يقول: لا يحل أن أعطيك ثمانين في مائة، ولكن هذه سلعة قيمتها ثمانون خذها بمائة لأجل».نقله المواق[3].

ويكره أيضاً أن يقول الآمر للمأمور اشتر سلعة كذا وأنا أشتريها منك بدين وأربحك فيها من غير تحديد للربح.

(١) الشرح الصغير ٣/١٣٠ - ١٣١.
(٢) الشرح الصغير ٣/١٣١.
(٣) التاج والإكليل ٤/٤٠٥.

وقال الشافعي في الأم: «وإذا أرى الرَّجلُ الرَّجلَ السلعة فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشتراها الرجل فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركها»[1].

وقوله: «أو يقول اشترها بعشرة لأجل وأشتريها منك بثمانية نقداً. .» إلخ هذا معطوف على النوع المحرم من بيوع العينة. ولعله قال: «اشترها لي» وهو ما يفيده سياق الكلام[2].

فإذا قال الآمر للمأمور: اشتر لي سلعة كذا بعشرة لأجل وأنا أشتريها منك بثمانية نقداً فإن ذلك لا يجوز، لأنه سلف بزيادة. فإن وقع البيع لزمت الآمر العشرةُ المؤجلة، ولا تعجل الثمانية فإن عجلت ردت للآمر وللمأمور أجرة مثله.

وإن لم يقل الطالب «لي» فسخ البيع الثاني وردت السلعة للمأمور إن لم تفت، فإن فاتت بأحد مفوتات البيع السابقة فقيل إن على البائع قيمتها يوم قبضها، وقيل إن البيع لا يفسخ بل يمضي بالثمانية نقداً.

والخلاف في الرد بالقيمة أو الإمضاء بالثمن ـ إنما هو عند الفوات أما عند عدم الفوات فلا خلاف في الفسخ والله أعلم[3].

والأصل في منع ما منع من بيوع العينة حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً، لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم». أخرجه أبو داود من رواية نافع عنه، وفي إسناده مقال، ولأحمد نحوه من رواية عطاء ورجاله ثقات، وصححه ابن القطان[4].

* * *

(١) الأم للشافعي ٣/ ٣٩. (٢) منح الجليل ٢/ ٦٠٦.
(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٩١.
(٤) مختصر سنن أبي داود ٥/ ٩٩ ـ ١٠٣ وبلوغ المرام ص ١٧١ ـ ١٧٢.

فَصْل في الخيَار وأحكَامه



وهو قسمانِ تروٍّ ونقيصةٌ! فخيارُ التَّروِّي هو الذي وُقِفَ لزومُه على إمضاءٍ يُتَوَقَّع ، وإنَّما يَكـونُ بشرطٍ ، وجَاز لغير المُتَبـايعَيْنِ، والكلامُ لِمن لـه الخِيـارُ، وَلِمن قـال أستَشِيـرُ الاستبدادُ.

* * *

يعني أن الخيار قسمان: خيار تروٍّ أي تأمل في إمضاء البيع وعدمه، وخيار نقيصة، وهو ما سبَّبه نقص في المبيع من عيب ونحوه ـ وسيأتي حكمه فيما بعد إن شاء الله.

أما خيار التروي فهو البيع الذي وقف لزومه على إمضاء من له الخيار، سواء كان مشترياً أو بائعاً. وهذا الذي عرفه به المصنف قريب مما عرفه به ابن عرفة قال: هو «بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع»[1].

فخرج بيع البت والخيار الحكمي وهو خيار النقيصة. فلا يقال إنه يتوقف على إمضاء متوقع، وإنما يقال إنه بيع آل إلى خيار[2].

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٦٦.

(٢) المرجع السابق.

وقوله: «وإنما يكون بشرط..» الخ يعني أن خيار التروي لا يكون إلا بشرط من المتبايعين، فلا يكون بالمجلس، ومعنى ذلك أن خيار المجلس ليس معمولاً به في مشهور المذهب، وإن كان ورد الحديث بما قد يدل عليه، كما سيأتي إن شاء الله.

وقوله: «وجاز لغير المتبايعين..» يعني أن خيار التروي يجوز أن يجعله المتبايعان أو أحدهما ـ لغيرهما، وعندئذ يكون الكلام لمن جُعل له الخيار في البت وعدمه، كأن يقول البائع: بعته لك بكذا أو يقول المشتري اشتريته منك بكذا إن رضي فلان، فإن رضي تم البيع وإلا فلا.

ففي المدونة: «قلت أرأيت إن بعت سلعة من رجل على أن أخي أو رجلاً أجنبياً بالخيار أياماً أيجوز هذا البيع أم لا في قول مالك؟.

قال: قال مالك في الرجل يبيع السلعة ويشترط البائع إن رضي فلان البيع فالبيع جائز، قال: لا بأس به، وإن رضي فلان البيع فالبيع جائز»[1].

أما من عَلّق البيع على مشورة فلان، فإن له أن يستبد بالإمضاء أو الرد دون من علقت عليه المشورة. ففي المدونة: «قال مالك: إذا اشترى الرجل سلعة على أن يستشير فلاناً فالبيع جائز، قال مالك: وإن اختار المشتري الشراء وقال البائع ليس لك أن تختار حتى تستشير فلاناً ـ لم يلتفت إلى قول البائع، وكانت السلعة للمشتري»[2].

* * *

<u>ومنتهَى مُدّتِه في العقارِ ستّةٌ وثلاثون يوماً، والسُّكنى فيه بالإِجارةِ مطلقاً جائزٌ كاليسيرِ لاختبارِها، وفي الـرقيقِ عشرةٌ</u>

(١) المدونة ٣/٢٢٨.
(٢) المرجع السابق.

والاِستخدامُ كالسُّكنى، وفي العُروضِ خمسةٌ كـالدوابِّ إلا كَركُوبِها في البَلد فاليومان وخارجَه البريدانِ.

* * *

يعني أن زمن الخيار يختلف عندنا باختلاف المبيع، فأقصى مدته في العقار - وهو الأرض وما اتصل بها - شهر وستة أيام، وقيل شهران والأول هو المشهور[1].

فإن كان المبيع داراً جاز السكنى فيها مدة الخيار بأجرة مطلقاً سواء كان السكنى قليلاً أو كثيراً، بشرط كان أو بدون شرط، لاختبارها أم لا. كما يجوز يسير السكنى لاختبارها ولو بغير أجر، لا لغير الاختبار.

أما الرقيق فمنتهى مدة الخيار فيه عشرة أيام، ويجوز استخدامه في مدة الخيار إن كان يسيراً مثل ما تقدم في السكنى.

ومنتهى مدة الخيار في العروض - كالثياب خمسة أيام وكذلك في الدواب خمسة أيام إذا لم تكن من شأنها الركوب كالغنم والبقر أو كانت من شأنها الركوب ولم يكن الاختبار له، بل لقوتها أو غلائها ورخصها ونحو ذلك.

وقوله: «إلا كركوبها في البلد..» إلخ يعني أنه إذا اشترط ركوب الدابة في بلد العقد ليختبرها فيجوز ذلك لمدة يومين لا أكثر كما يجوز شرط ركوبها خارج البلد مسافة بريدين أي أربعة وعشرين ميلاً لا أكثر.

وما ذكر المصنف في مدة الخيار في ذلك كله تبع فيه الأصل[2]، أما خليل فلم يحدد منتهى المدة بذلك الحد، وإنما أشار إليه بالكاف إيذاناً بأن ما قارب الشيء أعطي حكمه، فقال: «كشهر في دار.. وكجمعة في رقيق..

(1) الشرح الصغير ٣/١٣٥ - ١٣٧ ومواهب الجليل ٤/٣١٠.
(2) المرجع السابق.

وكثلاثة في دابة.. وكثلاثة في ثوب..»[1].

واختلاف المبيعات في طول مدة الخيار وقصرها يعود إلى أن بعضها يمكن اختباره بسرعة، وبعضها يتطلب اختباره مدة أطول. قال في الرسالة «والبيع على الخيار جائز إذا ضربا لذلك أجلاً قريباً، إلى ما تختبر فيه تلك السلعة، أو ما تكون فيه المشورة»[2].

وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وقال أحمد: يجوز خيار الشرط مدة معلومة ولو طويلة[3].

والأصل في بيع الخيار ما أخرجه مالك والشيخان واللفظ لمالك عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار»[4].

قال مالك: «وليس لهذا عندنا حد معروف، ولا أمر معمول به فيه»[5]. يعني أن أهل المدينة لا يشترط عندهم أن يكون أجل بيع الخيار ثلاثة أيام فقط، بل قد يكون ثلاثة وأكثر[6].

وقد فسر إمامنا مالك المتبايعين بالمتساومين، لأن البيع قد يأتي بمعنى السوم كما في حديث: «لا يبع بعضكم على بيع بعض». أي لا يَسُم ولا يشتر على سومه وشرائه.

وتقدم تخريج الحديث عن مالك والشيخين.

كما فسر الافتراق بافتراق القول، وعلى ذلك يكون المعنى هو: المتبايعان، أي المتساومان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه، ما لم يفترقا بالقول، أي بالإيجاب والقبول، فيجب البيع. إلا في بيع الخيار فلا يتم البيع

---

(١) مختصر خليل ص ١٨٠.

(٢) تقريب المعاني ص ١٥٣.

(٣) المجموع ٩/ ١٩٠ واللباب ١/ ١٣٧ والروض المربع ٢/ ١٧٣.

(٤) الموطأ ٢/ ٦٧١ وزاد المسلم ١/ ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٥) الموطأ ٢/ ٦٧١. (٦) التمهيد لابن عبد البر ١٤/ ١٠.

بينهما إلا بانتهاء مدة الخيار. قاله المازري، قال: «والتفرق بالقول مستعمل، قال الله تعالى: ﴿وإن يتفرقا﴾ الآية[1]. والطلاق ليس من شرطه التفرق بالأبدان»[2].

ويؤيد هذا المعنى ما أخرجه أبو داود واللفظ له والنسائي والترمذي وحسنه عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله»[3]. فهذا يدل على عدم ثبوت خيار المجلس، إذ لو كان ثابتاً لما احتاج البائع أو المشتري إلى طلب الإقالة في مجلس البيع[4].

وبه قال أبو حنيفة، وهو الذي عليه فقهاء المدينة السبعة[5].

خلافاً للشافعي وأحمد فإنهما قالا بثبوت خيار المجلس، وقال به ابن حبيب من علمائنا، وفسروا الافتراق بافتراق الأبدان[6].

قال الخطابي: «وظاهر الحديث يشهد لمن ذهب إلى أن التفرق هو تفرق البدن، وعلى هذا فسره ابن عمر، وهو راوي الخبر وكان إذا بايع رجلاً فأراد أن يستحق الصفقة مشى خطوات حتى يفارقه»[7]اهـ.

* * *

وَيَصِحُّ بعد البتِّ، والراجحُ إن نقد الثَّمن، وضَمانه مُدة

---

(١) النساء: ١٣٠.
(٢) إكمال الإكمال ٤/١٩٤.
(٣) مختصر سنن أبي داود ٥/٩٦.
(٤) إكمال الإكمال ٤/١٩٤.
(٥) القوانين الفقهية ص ٣٠٠ وبدائع الصنائع ٥/١٣٤ والمنتقى ٥/٥٥.
(٦) المجموع ٩/١٨٤ والمغني ٣/٥٦٣. والمنتقى ٥/٥٥.
(٧) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٥/٩٣.

الخيار منَ البائع، وشرطُ مدةٍ مجهولةٍ، أو أكثر مما مر مفسدٌ للبَيْعِ، كشرطِ النقدِ فيه.

* * *

يعني أن الخيار بعد بت البيع يجوز ويصح إن نقد المشتري الثمن للبائع وإلا فلا يصح على الراجح.

ففي المدونة: «قلت أرأيت إن اشتريت سلعة من رجل، ثم لقيته بعد يوم أو يومين فجعلت له الخيار، أو جعل لي الخيار، أيجوز هذا البيع أم لا؟ قال: نعم، إذا كان يجوز في مثله الخيار، وهو بمنزلة بيعك إياه بالثمن من غيره، وله الخيار عليك أو لك عليه. وما أصاب السلعة في أيام الخيار فهو منك»[1]اهـ.

قال في التوضيح «أكثر الشيوخ على تقييد المدونة بشرط انتقاد الثمن وإلا لم يجز، لأن البائع يكون حينئذ أخذ عن دين وجب له سلعة بخيار وذلك لا يجوز». نقله الحطاب[2].

والأصل في ذلك ما أخرجه الترمذي وحسنه: «عن جابر أن النبي ﷺ خير أعرابياً بعد البيع»[3].

وقوله: «وضمانه مدة الخيار من البائع..» الخ يعني أن المبيع بالخيار عقاراً كان أو غيره ـ ضمانه مدة الخيار من البائع، لأن الملك له، كما سيأتي، إلا في الخيار بعد البت فمن المشتري، لأنه صار بائعاً.

وقوله: «وشرط مدة مجهولة..» إلخ يعني أن بيع الخيار إذا اشترطت فيه مدة مجهولة، أو شرطت فيه مدة تزيد على المدة المحددة شرعاً لنوع

(١) المدونة ٣/٢٢٧.
(٢) مواهب الجليل ٤/٤١٢.
(٣) سنن الترمذي ٢/٣٦١.

السلعة المبيعة ـ فإن ذلك يفسد البيع كأن يشتري سلعة بالخيار إلى قدوم فلان ولا يُعلم متى يقدم فلان، أو يشتري دابة بشرط أن تكون مدة الخيار خمسة عشر يوماً، وتقدم أن مدة الخيار في الدواب خمسة أيام فقط. كما أن شرط نقد الثمن في بيع الخيار مفسد للبيع، للتردد بين السلفية والثمنية.

أما إذا وقع البيع على أن للمتبايعين أو لأحدهما الخيار فقط بدون ذكر أجل، فإن البيع صحيح، ويضرب للسلعة أجل الخيار في مثلها، قاله الباجي. قال: «والدليل على ما نقوله أن هذا الخيار له قدر في الشرع، وذلك قدر الحاجة إليه في كل نوع من المبيع، فإذا أخلا بذكره فقد دخلا على المعروف، ألا ترى أنهما لو زادا عليه لفسد العقد به»[1].

وقال الشافعي وأبو حنيفة: إذا كان شرط الخيار غير موقت فإن البيع فاسد، وقال أحمد: يصح البيع ويبطل الخيار. قاله في المجموع[2].

* * *

وَبِمُضِيِّ مدة الخيارِ يلزَمُ المبيع مَن هو بيده، وله الرَّدُّ في كاليوم ولا يُقبَل منهُ بعد المدَّةِ دَعوَى الاختيارِ أو الرّدِ إلا بِبَيِّنةٍ أو فِعلٍ، والتدبيرُ والتزويجُ وَالتَّلذُّذُ وما أشبه ذَلِكَ ممن لَه الخيارُ اختيارٌ وردٌّ.

* * *

يعني أن المبيع يلزم من هو بيده بمجرد انتهاء مدة الخيار، سواء كان الخيار لأحدهما أو لهما معاً، وسواء كان المبيع بيد من له الخيار أم لا. ومعنى ذلك أن الخيار ينقطع بانتهاء مدته، كما ينقطع الخيار ويلزم البيع أو الرد بما دل على الإمضاء أو الرد للمبيع كأن يقول من له الخيار: أمضيت البيع أو رددته.

(١) المنتقى ٥/٥٧.

(٢) المجموع ٩/٢٢٥.

وإذا ادّعى من له الخيار بعد انقضاء مدة الخيار وما ألحق بها أنه اختار المبيع أو ردَّه خلال مدة الخيار ـ لم يقبل منه ذلك إلا إذا أتى ببينة تصدق ما ادعاه.

وكما أن الإمضاء والرد معتبران بالقول فإنهما معتبران بالفعل كالتدبير والكتابة للرقيق، وتزويج الأمة أو العبد، والتلذذ بالأمة، ورهن المبيع بالخيار أو بيعه أو التسوق به، والوسم بنار أو غيرها، وما أشبه ذلك مما يدل على أنه اختيار أو رد للمبيع[1].

فرع: إذا مات من له الخيار انتقل الخيار لوارثه، إن لم يُحِط دين الميت بماله، فإن أحاط بمالِه انتقل لغريمه ولا كلام لوارث مع الغريم[2].

ونحوه للشافعي قال في المجموع: «اتفقت نصوص الشافعي وطرق الأصحاب على أن خيار الشرط وخيار الرد بالعيب ينتقل إلى الوارث بموت الموروث وإلى السيد بموت المكاتب في مدته»[3].

وقال أبو حنيفة وأحمد: يبطل الخيار بموت من له الخيار. هذا في خيار الشرط، أما في خيار الرد بالعيب فينتقل للورثة عند الجميع[4].

وذكر الباجي رحمه الله دليلنا على أن خيار الشرط موروث فقال: «والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾[5] وهذا الحق مما تُرِك فوجب أن يكون للوارث، ومن جهة القياس: إن هذا خيار ثبت لإصلاح المال فوجب أن ينتقل بالموت إلى الوارث كخيار الرد بالعيب»[6]اهـ.

---

(١) الشرح الصغير ٣/١٤٣ ـ ١٤٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المجموع ٩/٢٠٦.

(٤) اللباب ١/٢٤٠ والروض المربع ٢/١٧٤.

(٥) النساء: ١٢.

(٦) المنتقى ٥/٥٩.

ومَن شرط الخيار لنفسه فله أن يجيز ويفسخ وإن لم يحضر الآخر[1].
وبه قال الشافعي وأحمد[2]، وقال أبو حنيفة: له أن يجيز بغير حضور صاحبه، وليس له الفسخ إلا بحضرته[3].

* * *

والملكُ مدّةَ الخيارِ للبائعِ، فمنه الضَّمانُ وله الغلَّةُ، فإن قبضه المُشتري ضَمِن ما يُغَابُ عليه وحلف في غيرِه إلا ببِيِّنةٍ.

* * *

يعني أن المبيع بالخيار ـ في ملك البائع مدة الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لغيرهما، وبما أن الملك للبائع فإن الضمان منه وله الغلة التي حدثت زمن الخيار من لبن وسمن وبيض.. وعليه النفقة لأن من له الغلة عليه النفقة كما تقدم.

بخلاف الولد الذي يحدث للمبيع في زمن الخيار فإنه لا يكون للبائع لأنه كجزء من المبيع لا غلة، ومثله الصوف التام.

وإذا قبض المشتري المبيع وتلف أو ضاع عنده ضمن ما يغاب عليه كحلي وثياب، إلا إذا أتى ببينة تشهد بما ادعاه المشتري من تلف أو ضياع بلا سبب منه ـ فلا ضمان عليه حينئذ.

أما ما لا يغاب عليه كحيوان وعقار، فإنه إن ضاع بيد المشتري حلف أنه ضاع وما فرط فيه، فإن فعل فلا ضمان عليه إلا إذا شهدت بينة بكذبه فإنه يضمن، كأن يقول: إن السلعة ضاعت أو ماتت فتقول البينة إنه باعها أو أكلها

---

(١) المرجع السابق.
(٢) المغني ٣/٥٩١ والمجموع ٩/٢٠٠.
(٣) اللباب ١/٢٣٩.

أو يقول ماتت يوم كذا فتشهد البينة أنها رأتها بعد ذلك، ونحو ذلك مما يظهر به كذبه.

والأصل في أن الملك للبائع مدة الخيار ما ذكر الباجي رحمه الله، قال: «إذا ثبت ذلك فإنَّ المبيع في مدة الخيار على ملك البائع، كان الخيار للبائع أو للمبتاع، أو لهما» قال: «والدليل على ما نقوله أنه إيجاب لا يلزم البائع فلم ينتقل به الملك، أصل ذلك إذا كان الإيجاب لم يوجد في القبول بعده»[1]اهـ.

أما ضمان المبيع فالأصل فيه ما في المدونة: «قلت: أرأيت إن اشتريت سلعة على أني بالخيار ثلاثة أيام فتلفت السلعة عندي قبل أن أختار، ممن مُصيبتها في قول مالك؟ قال: إن كانت حيواناً أو أرضين أو دوراً فمصيبتها من البائع، وإن كانت غير حيوان مما يغاب عليه فهلكت هلاكاً ظاهراً فمصيبتها من البائع، وإن غاب عليها المشتري ولم يعلم هلاكها إلا بقوله لم يصدق، قلت: فما يغرم؟ قال: الثمن. قلت: وهذا قول مالك أنه يغرم الثمن؟ قال: نعم»[2]اهـ.

وقال أبو حنيفة: إذا كان الخيار للبائع فالمبيع في ملكه، فإن قبضه المشتري فهلك في يده ضمن قيمته إن كان مقوماً، ومثله إن كان مثلياً، وإن كان الخيار للمشتري لم يملكه أحدهما. فإن قبضه المشتري وهلك بيده لزمه الثمن المسمى، لأنه عجز عن رده[3].

وقال الشافعي في أصح أقواله: إن كان الخيار للبائع فالملك له وإن كان للمشتري فالملك للمشتري[4].

---

(1) المنتقى ٥/٥٨ - ٥٩.
(2) المدونة الكبرى ٣/٢٣٧.
(3) اللباب ١/٢٣٨.
(4) مغني المحتاج ٢/٤٨.

وقال أحمد: ينتقل ملك المبيع بالخيار إلى المشتري بمجرد العقد في ظاهر المذهب، وضمان المبيع من المشتري إذا قبضه[1].

* * *

وَخِيارُ النَّقيصةِ ما وَجَبَ لفقدِ شرطٍ فيه غرضٌ لِلْمشتري كِكتابَةٍ وَخِياطةٍ.

أَوْ لنقصٍ العادةُ السلامةُ منه كَعَرَجٍ وخِصاءٍ وزِنىً وجنون وبَوْلٍ في فراشٍ في وقتٍ يُنكَرُ وعَثَرٍ وحرَنٍ لدَابَّةٍ.

* * *

يعني أن خيار النقيصة قسمان: قسم وجب لفقد مشروط فيه غرض شرعي للمشتري، وقسم وجب لظهور عيب في المبيع من العادة أن يسلم منه المبيع.

مثال القسم الأول أن يشترط المشتري في الرقيق المبيع أن يكون طباخاً أو كاتباً أو خياطاً فيجده بخلاف ذلك، فيثبت له أي المشتري الخيار في الرد والإمضاء. وسواء وقع الشرط فعلاً في العقد أو وقع حكماً كمناداة بوصف المبيع حال تسويقه، كأن يقول البائع من يشتري رقيقاً طباخاً أو خياطاً، فإن الخيار يثبت للمشتري إن وجده بخلاف ما وصف به في المناداة[2].

والأصل في هذا القسم من خيار النقيصة حديث: «المسلمون على شروطهم». أخرجه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً، وحديث: «المسلمون على شروطهم ما وافق الحق من ذلك». أخرجه الحاكم. ورد

---

(١) المغني ٣/٥٧١ ـ ٥٧٣.

(٢) الشرح الصغير ٣/١٥١ ـ ١٥٢.

الحديثان في الجامع الصغير وأشار السيوطي إلى صحتهما[1].

قال المناوي: «على شروطهم الجائزة شرعاً، أي ثابتون عليها واقفون عندها، وفي التعبير بعلى إشارة إلى علو مرتبتهم، وفي وصفهم بالإسلام ما يقتضي الوفاء بالشرط ويحث عليه»[2]اهـ.

أما القسم الثاني من قسمي خيار النقيصة ـ وهو ما العادة السلامة منه فمثاله أن يجد المبيع أعرج أو أعور وأحرى إذا وجده أعمى، أو يجد الجمل أو الكبش خصياً، أو يجد الرقيق ذكراً كان أو أنثى زانياً أو مجنوناً أو شارب خمر، أو يستعمل ما يغيب العقل كالحشيشة، أو يجد الأمة تبول في الفراش في وقت ينكر ذلك عليها بحيث تبلغ سناً لا يقع ذلك من مثلها، وكذلك الغلام. قال المواق: «من المدونة: بول الجارية في الفراش عيب. ابن حبيب: وكذا الغلام إن فارقا حد الصغر جداً. اللخمي: ولو كان وخشا، ونحوه للباجي»[3].

ومثل ذلك عثرُ الدابة وحرنها، وعدم حمل معتاد لمثلها، وكذلك نِفارها المفرط[4]،ونحو ذلك من كل ما يؤدي إلى نقص في الثمن أو المثمن أو خيفت عاقبته[5].

* * *

ولا ردَّ بكيٍّ لم يَنقُصْ وَتُهْمةٍ بكَسرِقَةٍ ظَهرتِ البراءَةُ منها، ولا بِما لا يُطّلعُ عليه إلا بتغيُّر المَبيعِ كفسادِ جوزٍ، وسوس

---

(1) فيض القدير على الجامع الصغير ٥/٢٧٢.

(2) المرجع السابق.

(3) التاج والإكليل ٤/٤٣٢.

(4) مواهب الجليل ٤/٤٣٣.

(5) الشرح الصغير ٣/١٥٧.

خشبٍ. وقليلُ العيب في الدارِ مغتفرٌ، وما لَهُ بالٌ يرجع بقيمته والكثيرُ موجبٌ للردِّ كملوحةِ البئرِ، وكلٌّ ما نقص ثلثَ القيمةِ.

* * *

يعني أن كَيَّ الحيوان أو الرقيق لا ترد به السلعة إذا لم ينقص ثمنها، فإن كان ينقص الثمن فإنه يرد به. كما لا يرد بتهمة سرقة ظهرت براءة الرقيق منها، ولو كان قد حبس بها.

كما أنه لا يرد بعيب باطني لا يطلع عليه إلا بتغير ذات المبيع كفساد بطن الجوز هندياً كان أو غيره، وكسوس الخشب بعد شقه، وكمر قثاء، وبطيخ وجده غير مستو، إلا أن يشترط الرد في جميع ما ذكر فيعمل بما اشترط والعادة كالشرط، ولا قيمة للمشتري في نقص هذه الأشياء[1].

وقوله: «وقليل العيب في الدار مغتفر..» إلخ يعني أنه يغتفر قليل العيب في الدار مما جرت العادة بالتسامح فيه ككسر عتبة وسلم ونحو ذلك، وما له بال من العيب القليل يُرجع بقيمته كصدع جدار ليس في واجهةِ الدار ولم يُخف عليها أن تهدم بسببه، أما إن كان في واجهتها أو خيف على الدار منه، فيعتبر عيباً كثيراً، والعيب الكثير يرد به كملح بئر إذا كانت بمحلٍّ الآبار التي ماؤها عذب. وترد بكل عيب نقص ثلث قيمتها فأكثر.

ومن عيوب الدار سوء جارها وكثرة نملها وبقها. قال في التحفة:

«والبُقُّ عيبٌ من عيوب الدور ويُوجبُ الردّ على المشهور»[2]

ويقيد ما ذكر الناظم بكثرة البق، ولذلك تعقبه ابنه في شرحه فقال:

«وكثـرةٌ لِلبُقِّ عيـبُ الـدور وتوجب الردَّ على المشهور»[2]

(١) الشرح الكبير للدردير ١١٣/٣.
(٢) حاشية الدسوقي ١١٥/٣.

ومن عيوب الدار أيضاً ـ شؤمها، ويستدل على ذلك بكَثرة مصائب من يسكنها.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك والشيخان واللفظ لهما أن النبي ﷺ قال: «إن كان الشؤم في شيء ففي الدار والمرأة والفرس»[1]. وفي رواية لمسلم: «وإنما الشؤم في ثلاثة: المرأة والفرس والدار»[2].

قال المازري: «حمل مالك الحديث على ظاهره ولم يتأوله، وقال في جامع العتبية: رب دار سكنها قوم فهلكوا، يشير إلى حمله على ظاهره بمعنى أن الله تعالى قد يجعل سكنى الدار سبباً للضرر والهلاك، لكن بإرادته تعالى»[3]اهـ.

وقال آخرون: «شؤم الدار ضيقها وسوء جيرانها وأذاهم». قاله النووي[4].

* * *

ولا يُصدَّقُ الرقيقُ بدعوى الحريةِ لكنّ تقدُّمها عيبٌ. والتغريرُ الفعليُّ كالشرط، كتلطيخِ ثوب عبدٍ بمدادٍ وتصريةِ حيوان، فإن حلبها بما لا يحصل الاختبارُ إلاَّ به فرَدَّها وجب رَدُّ صاعٍ مِن غالب القوتِ مَعها.

* * *

يعني أن الرقيق ذكراً كان أو أنثى ـ إذا ادعى حرية بعتق سابق ولم يأتِ

(١) زاد المسلم ١/١٠٨ والموطأ ٢/٩٧٢.

(٢) صحيح مسلم ٤/١٧٤٧.

(٣) إكمال الإكمال ٦/٤٢.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/٢٢١.

ببينة على ذلك لم يصدق في دعواه الحرية، وكذلك الأمة لا تصدق - ولم يحرم على مشتريها وطؤها - إن ادعت بغير بينة أن سيدها السابق قد استولدها، لكنَّ تقدم هذه الدعوى - عيب يوجب الخيار فيهما، لاحتمال صدقهما. وإذا رضي المشتري بالعيب وأراد بيع الرقيق من شخص آخر فإن عليه أن يبين له تلك الدعوى.

قال خليل: «وإن قالت: أنا مستولدة لم تحرم، لكنه عيب إن رضي به بين»[1]. قال ابن عبد السلام: «ودعوى العبد الحرية تتنزل هذه المنزلة، لأن النفوس تكره الإقدام على هذا، لاحتمال صدق العبد والأمة، ولو علم كذبهما فإنه يوجب تشويشاً على مالكهما والتعرض لعرضه»اهـ. نقله الحطاب[2].

وقوله: «والتغرير الفعلي كالشرط..» الخ يعني أن البائع إذا فعل في المبيع غروراً فعلياً، فإن ذلك يعتبر كالشرط المصرح به لفظاً، فللمشتري الرد به، وذلك كتلطيخ ثوب عبد بمداد ليظن أنه كاتب. وكتصرية الحيوان التي تقدم الكلام عليها في باب ذكر المنهي عنه.

وقد تقدم كلام الأئمة في ذلك، كما تقدم الدليل عليه من حديث أبي هريرة عند مالك والشيخين وفيه: «ولا تُصَروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[3].

قال المازري: «حديث المصراة أصل في تحريم الغش، وفي الرد بالعيب، لأن العيب في المبيع أو في غلته، وفيه أن التدليس لا يفسد البيع وإنما يوجب الخيار». نقله الأبي[4].

---

(١) مختصر خليل ص ١٨٣.

(٢) مواهب الجليل ٤/٤٣٧.

(٣) الموطأ ٢/٦٨٣ وصحيح البخاري ٢/٧٥٣ وصحيح مسلم ٣/١١٥٥.

(٤) إكمال الإكمال ٤/١٨٦.

وقال أبو حنيفة: ليست التصرية عيباً، لأن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلاً أن ذلك ليس بعيب. وذكر أن الحديث معارض من وجوه ذكرها ابن رشد في البداية[1].

ومحل رد المصراة عندنا إذا لم يحلبها بعد حصول الاختبار، وإلا فيعتبر حلبها رضا. قال خليل: «فإن حُلبت ثالثةً فإن حصل الاختبار بالثانية فهو رضا»[2]. قال الدردير: «أي حلبها ثالثة رضا فلا رد به»[3].

* * *

ويَجبُ على البائِع بيانُ ما علِمَه من عيب سِلعتِهِ أو إراءته، فإن أَجْمَل فمُدلِّسٌ، ولا يَنفعُه التبرِّي مما لَمْ يعلَمْ إلا في الرَّقيقِ إن طالتْ إقامتُه عنده.

* * *

يعني أن على البائع أن يبين للمشتري ما علم من عيب في سلعته بالتفصيل قليلاً كان أو كثيراً، فإن لم تمكن رؤية العيب بينه بالوصف، وإن أمكنت رُؤيته أراه إياه وجوباً. ولا يجوز له أن يجمله، كأن يقول له: السلعة التي أبيعكها معيبة، دون أن يعين نوع العيب. فإن فعل ذلك كان مدلساً[4].

والأصل في ذلك ما أخرجه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مرَّ على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: «أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس، من غش فليس مني»[5].

(١) بداية المجتهد ٢/١٧٥ وأوجز المسالك ١١/٢٧٦ - ٢٧٧.
(٢) مختصر خليل ص ١٨٣.
(٣) الشرح الكبير ٣/١١٧.
(٤) الشرح الصغير ٣/١٦٣ - ١٦٤.
(٥) صحيح مسلم ١/٩٩.

وعن عقبة بن عامر الجهني قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمن باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بيّنه له». أخرجه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه»[1].

وقوله: «ولا ينفعه التبري مما لم يعلم..» الخ.

يعني أن البائع لا ينفعه أن يتبرأ مما لم يعلم من العيب، فمتى ظهر بالسلعة عيب فإن للمشتري ردها ولو اشترط البائع البراءة من أي عيب يظهر بها. إلا في الرقيق خاصة فإنه إذا تبرأ بائعه من عيب لم يعلمه ينفعه ذلك بشرط أن تطول إقامته عنده، بحيث يقضي عنده مدة يغلب على الظن أنه لو كان به عيب لظهر لمالكه، وحدَّها بعضهم بنصف سنة فأكثر، وبشرط أن لا يعلم العيب ويكتمه، ويصدق بيمين في عدم علمه بالعيب.

ففي الموطإ: «قال مالك: ومن باع عبداً أو وليدة من أهل الميراث أو غيرهم بالبراءة فقد برىء من كل عيب، ولا عهدة عليه إلا أن يكون علم عيباً فكتمه، فإن كان علم عيباً فكتمه، لم تنفعه البراءة؛ وكان ذلك البيع مردوداً، ولا عهدة عندنا إلا في الرقيق»[2].

والأصل في ذلك قضاء عثمان، ففي الموطإ: «عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، وقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل باعني عبداً وبه داء لم يسمه، وقال عبد الله: بعته بالبراءة، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له، لقد باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم»[3].

---

(١) تلخيص الحبير ٣/٢٢ والمستدرك ٢/٨.

(٢) الموطأ ٢/٦١٢.

(٣) الموطأ ٢/٦١٣.

وبه قال الشافعي في الرقيق والحيوان معاً(١). وقال به أبو حنيفة في الرقيق والحيوان وغيرهما سواء كان العيب معلوماً أو غير معلوم(٢).

أما أحمد فظاهر مذهبه أن شرط البراءة لا يبرىء البائع من عيب المبيع مهما كان نوع المبيع.

قال الخِرقي: «ومن باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب، لم يبرأ سواء علم به البائع أو لم يعلم»(٣).

* * *

وَلَا رَدَّ إن زَالَ الْعيبُ ولم يُحتَمل عودهُ، ولا إن أتى بعد علمٍ به ـ بما يدُل على الرضا كاستعمالٍ أو إجارةٍ إلا ما لا ينقُصُ كسُكنى دارٍ زمنَ الخصام، وطولِ السكوتِ بلا عُذر، لا له، كمسافرٍ فله الرُّكوبُ والحمل وإن لم يُضطرَّ، كحاضرٍ تعذَّر عليه قوْدُها أو أخلَّ به أو رَكِبها للردِّ وإن فات ولو حُكماً كهبة تعين الأَرْشُ.

* * *

يعني أنه إذا زال عيب المبيع قبل قيام المشتري برده فإن المبيع لا يُرد، إلا أن يكون العيب محتمل العودة كبول في فرش في وقت يُنكر، وكسلس بول وسعال مفرطٍ ونحو ذلك من كل ما يرى أهل المعرفة أنه يمكن عوده(٤).

كما أنه لا ردّ بالعيب إذا ظهر من المشتري بعد الاطلاع عليه ـ ما يدل

(١) مغني المحتاج ٥٣/٢.
(٢) فتح القدير ١٨٢/٥.
(٣) المغني ١٩٧/٤.
(٤) الكافي ٧١٢/٢.

على الرضا من قول أو فعل أو سكوت طويل، وذلك مثل ما تقدم في خيار التروِّي كرهن المبيع أو إجارته أو استعماله في حمل أو حرث ونحو ذلك.

إلا إذا فعل في المبيع ما لا ينقصه كسكنى دار في زمن الخصام ومطالعة كتب وحلب شاة ـ فإن ذلك لا ينقص المبيع ولا يدل على الرضا. لأن هذا النوع من الغلة ـ للمشتري حتى يُحكم بالفسخ(١).

وقوله: «وطول السكوت بلا عذر..» إلخ يعني أن طول سكوت المشتري بلا عذر ـ بعد اطلاعه على العيب يعتبر رضى، والطول هو ما زاد على يومين، أما اليوم واليومان فلا يعتبران طولاً، إلا أنه إن سكت فيهما لزمته اليمين أنه ما رضي بالعيب، ولا يمين عليه في السكوت أقل من يوم(٢).

ومحل كون السكوت الطويل يعد رضى ـ إذا كان المشتري حاضراً، أما إذا كان مسافراً وسكت فإنه يعذر بالسفر، وله أي المسافر ركوب الدابة المعيبة وله الحمل عليها وإن لم يضطر على المعتمد، وكذلك الحاضر له ركوب الدابة من المكان الذي اطلع فيه على العيب إلى أن يصل بيته، وذلك إذا تعذر عليه قودها أو سوقها أو كان ذا هيئة لا يليق بأمثاله المشي.

كما أن للحاضر أن يركب الدابة لردها لبائعها ولو لم يتعذر قوْدها أو لم يكن من ذوي الهيئات.

قلت: والظاهر أن السيّارة ونحوها ـ كالدابة في ذلك بل قد تكون من باب أولى، والله أعلم.

وبه قال الشافعي إلا أنه على نطاق أضيق.

قال في المنهاج: «والرد على الفور فليبادر على العادة، فلو علمه وهو يصلي أو يأكل فله تأخيره حتى يفرغ أو ليلاً فحتى يُصبح، فإن كان البائع

---

(١) التاج والإكليل ٤/٤٤١.
(٢) الشرح الصغير ٣/١٦٦ ـ ١٦٧.

بالبلد رده عليه بنفسه أو وكيله، أو على وكيله، ولو تركه ورفع الأمر إلى الحاكم فهو آكد، وإن كان غائباً رفع إلى الحاكم» قال: «ويشترط ترك الاستعمال، فلو استخدم العبد أو ترك على الدابة سرجها أو إكافها بطل حقه، ويعذر في ركوب جَمُوحٍ يعسر سوقها وقودها. وإذا سقط رده بتقصيره فلا أرش»[1].

والمذهب الحنبلي بخلاف هذا، قال في المغني: «خيار الرد بالعيب على التراخي، فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا.

ذكره أبو الخطاب، وذكر القاضي شيئاً يدل على أن فيه روايتين إحداهما: هو على التراخي، والثانية: هو على الفوْر، وهو مذهب الشافعي، فمتى علم العيب فأخر رده مع إمكانه بطل خياره. لأنه يدل على الرضا فأسقط خياره كالتصرف فيه.

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كالقصاص، ولا نسلم دلالة الإمساك على الرضا»[2] اهـ.

وقوله: «وإن فات ـ ولو حكماً كهبة تعين الأرش» يعني أن العيب الذي اطُّلع عليه بعد الفوات الحسيِّ كتلف المبيع عمداً أو خطئاً، أو بعد الفوات الحكمي ككتابة الرقيق أو تدبيره أو عتقه أو هبته أو وطء الجارية البكر ـ يتعين فيه الأرش للمشتري على البائع. فيقوَّمُ المبيع المعيبُ يوم ضمنه المشتري سالماً، ويقَوَّم معيباً، ويؤخذ للمشتري من الثمن الذي وقع به البيع النسبة التي زادت بها قيمته سالماً.

فإذا كان ثمن المبيع سالماً ألف درهم وكان ثمنه معيباً ثمانمائة درهم

(١) مغني المحتاج ٢/٥٦ ـ ٥٨.
(٢) المغني ٤/١٦٠.

فإن المشتري يرجع على البائع بمائتي درهم، وهما خمس الثمن، وهكذا[1].

والأرش: «هو ما يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع» قاله في النهاية. قال: «وسمي أرشاً لأنه من أسباب النزاع يقال: أرّشتَ بين القوم إذا أوقعت بينهم»[2].

وبه قال الشافعي وأحمد وصاحبا أبي حنيفة. أما أبو حنيفة فقال: إن قتل المشتري العبد أو كان طعاماً فأكله لم يرجع عليه بشيء. وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع، لأنه زال ملكه بفعل مضمون. وما سوى ذلك وافق فيه الثلاثة وصاحبيه. مع أن الفتوى عند الحنفية على قول صاحبيه. قاله في اللباب[3].

* * *

والمرهونُ والمؤَجَّرُ بعد الخلاصِ يُرد إن لم يَتغيَّرْ، وإن فوَّته بِكَبَيْعٍ ثم عاد لَه بكَفَلَسٍ أو إرْثٍ فله القيامُ بالعيبِ إن لم يَعلَمْ به قبل بيعه.

ولا رد على حاكمٍ أو وارثٍ بيَّن في رقيقٍ لم يَعلما بِعَيْبِه.

* * *

يعني أن المبيع إذا كان مرهوناً أو مؤجراً مدة معلومة واطّلع على عيب فيه فإنه يوقف إلى أن يتم خلاصه من حق الغير. وعندما يتم خلاصه يرد إذا لم يتغير في تلك المدة، فإن تغير جرى فيه ما يأتي من أقسام التغير: القليل

(١) الشرح الصغير ٣/١٦٨.

(٢) النهاية ١/٣٩.

(٣) مغني المحتاج ٢/٥٤ والمغني ٤/١٨٠ واللباب ١/٢٤٨.

والمتوسط والكثير: المخرج عن المقصود. ومحل انتظار خلاصه إذا تعذر، أما إن تيسر خلاصه وترك فإن ذلك يعتبر رضا[1].

وقوله: «وإن فوته بكبيع ثم عاد إليه..» الخ يعني أن المبيع إذا خرج من يد المشتري غير عالم بالعيب وعاد إليه بملك مستأنف كإرث، وهبة وفلس أو بيع بأن اشتراه المشتري الأول ممن باعه له ـ فله الرد بالعيب في ذلك كله.

ففي المدونة: «لو ادعى بعد أن باعه أن عيباً كان به عند بائعه منه ـ لم تكن له خصومته، إذ لو ثبت ذلك لم يرجع عليه بشيء، إلا أن ترجع إليه السلعة بشراء أو ميراث أو صدقة أو بعيب أو بغير ذلك فيكون له ردها على بائعها الأول إذا كان بيع هذا المشتري حين باعها لم يعلم بعيبها». نقله المواق[2].

وقوله: «ولا رد على حاكم أو وارث..» إلخ يعني أن الرقيق خاصة إذا باعه حاكم أو وارث لأداء حق من حقوق الميت، كدين أو وصية، وعلم المشتري وقت الشراء أن البائع حاكم أو وارث فإنه لا يُرد بعيب لم يعلماه وقت عقد البيع، ومثلهما في ذلك الوصي، أما إذا باعه أحدهم وهو يعلم بالعيب فإن للمشتري رد الرقيق[3].

وقال ابن جزي في قوانينه: «وبيع السلطان بيع براءة، وبيع الورثة بيع براءة، وإن لم يشترط، وذلك فيما باعوه لقضاء دين على الميت، أو لإنفاذِ وصيته دون ما باعوه لأنفسهم»[4] اهـ.

* * *

وإنْ حدث بالمَبيعِ عيبٌ مُتوسِّطٌ كعَوَرٍ وعَرجٍ فله الردُّ مع

(١) الشرح الصغير ٣/١٦٩.
(٢) التاج والإكليل ٤/٤٤٤.
(٣) الشرح الصغير ٣ / ١٧٢ ـ ١٧٣.
(٤) القوانين الفقهية ص ٢٦٣.

أرشِ الحادثِ أو التّماسكُ، وله أرشُ القديمِ إلا أن يَقبله البائعُ بالحادث كحدوثِ اليسيرِ كوطءِ الثيبِ وَوَعْكٍ وَرَمَدٍ. والمُخرجُ عن المقصودِ مفيتٌ كتقطيعٍ غيرِ معتادٍ لشقةٍ وكِبَر صغير.

* * *

إذا حدث بالمبيع عيب آخر عند المشتري فلا يخلو من أن يكون متوسطاً أو يسيراً لا ينقص الثمن أو كثيراً مزيلاً للغرض المقصود.

فإن كان متوسطاً كعور الدابة والرقيق وعرجهما وافتضاض بكر ولو وخشاً ـ فللمشتري رد المبيع بالعيب القديم ودفع أرش العيب الذي حدث عنده، وله أن يتمسك بالمبيع ويأخذ أرش العيب القديم، إلا أن يقبله البائع بعيبه الذي حدث عند المشتري من غير غرم منه.

وإن كان العيب يسيراً لا يؤثر نقصاً في الثمن كرمد وصداع وذهاب ظفر ووعك وهو ألم الحمى أو أذاها، وقد يراد به المرض الخفيف مطلقاً[1]، وهذا هو معنى قول المصنف[2] ـ فهذا العيب اليسير كالعدم لا يلزم المشتري أن يردَّ عنه شيئاً، وإنما له رد المبيع ولا شيء عليه، أو يتمسك به ولا شيء له.

أما إذا كان العيب كثيراً مخرجاً عن المقصود، فإنه مُفيت لرد المبيع بالعيب القديم. وعندئذ فإن على المشتري أن يتمسك بالمبيع، وعلى البائع أن يدفع له أرش العيب القديم. ومثّل المصنف للتغير الكبير بتقطيع شُقة تقطيعاً غير معتاد، كجعلها تبابين (جمع تبان بضم المثناة الفوقية وتشديد الموحدة) وهو: سراويل تستر العورة المغلظة فقط[3].

---

(١) تاج العروس ١٩٢/٧.

(٢) الشرح الصغير ١٧٦/٣.

(٣) النهاية ١٨١/١.

وكهَرَم مُضْعِفٍ للقوى، وكبر صغير: رقيق أو حيـوان، لأن الرقيق الصغير يراد منه الدخول على النساء، وصغير الحيوان يراد للحمه، وبكبرهما يزول المقصود منهما[1].

ففي المدونة: «قال مالك: من ابتاع صغيراً فكبر عنده أو كبيراً فهرم عنده فذلك فوت يـوجب له الـرجوع بقيمـة العيب من الثمن ولا خيار لأحدهما». نقله المواق[2].

وقيل: إن كبر الصغير وهرم الكبير من العيب المتوسط[3].

والأصل فيما تقدم من خيار المشتري في اطلاعه على عيب قديم بعد طُروِّ عيب متوسط عنده ـ حديث المصراة المتقدّم، وعمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك. الأمر المجتمع عليه عندنا في الرجل يشتري العبد، ثم يظهر منه على عيب يرده منه، وقد حدث به عند المشتري عيب آخر: أنه إذا كان العيب الذي حدث به مفسِداً، مثل القطع أو العور أو ما أشبه ذلك من العيوب المفسدة. فإن الذي اشترى العبد بخير النظرين، إن أحب أن يوضع عنه من ثمن العبد بقدر العيب الذي كان بالعبد يوم اشتراه وضع عنه. وإن أحب أن يغرم قدر ما أصاب العبد من العيب عنده، ثم يرد العبد فذلك له. وإن مات العبد عند الذي اشتراه أقيم العبد[4] وبه العيب الذي كان به يوم اشتراه، فينظر كم ثمنه؟ فإن كانت قيمة العبد يوم اشتراه بغير عيب مائة دينار، وقيمته يوم اشتراه وبه العيب ثمانون ديناراً وضع عن المشتري ما بين القيمتين، وإنما تكون القيمة يوم اشتُرِي العبد»[5].

أما الأئمة الثلاثة فإنهم لا يفرقون بين العيب المتوسط والكثير، فإذا

---

(١) الصاوي على الشرح الصغير ١٧٦/٣.

(٢) التاج والإكليل ٤٥٦/٤.

(٣) مواهب الجليل ٤٥٦/٤.

(٤) أي قوم العبد.

(٥) الموطأ ٦١٣/٢ ـ ٦١٤.

حدث عند المشتري عيبٌ ينقص قيمة المبيع أو ذاته واطُّلع على عيب كان به عند البائع ـ فقال أبو حنيفة والشافعي: يرجع المشتري على البائع بنقص العيب القديم وليس له رد المبيع، لأن الرد شرع لإزالة الضرر ولا يزال ضرر بضرر، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه بدون أرش العيب الحادث[1].

وبه قال أحمد في إحدى روايتيه وروايته الأخرى توافق مالكاً في الحكم في العيب المتوسط، أي أن المشتري مخير بين أن يتمسك بالمبيع المَعيب ويرجع بقيمة العيب القديم على البائع، أو يرد المبيع له ويرد معه قيمة العيب الحادث[2].

* * *

ومَا هلك بعيب التَّدليسِ كموتِه في إباقه فَمن البائع، والقولُ للمشترِي أنه ما رأى العَيبَ ولا رَضِي به إلا أن تحقق عليه الدَّعوى فيمين، وَله ردُّ اليمين. وعلى البائع أنه ما أبَق عنده، لأن القول له في وجودِ العيبِ وقِدَمِه.

* * *

يعني أن المبيع إذا هلك عند المشترى بسبب العيب الذي دلس به البائع فإن المشتري يرجع على البائع بجميع الثمن، ولا شيء للبائع المدلِّس، لأن تدليسه ـ أي كتمه للعيب ـ كان هو السبب فيما حدث. سواء مات المبيع بالعيب المدلَّس به أو مات بسماوي في زمنه. كأن يُدلِّسَ بحِرابة عبد فيحارب ويقام عليه الحد بالقتل. أو يدلِّس بإباقه فيأبق ويموت في زمن الإباق.

---

(١) اللباب ١/٢٤٧ ومغني المحتاج ٢/٥٨.

(٢) المبدع ٤/٩٠ ـ ٩١.

قال الباجي: «فأما ما يحدث بسبب العيب مثل أن يدلس بمرض فيموت منه أو يدلس بسرقة فتقطع يده فيموت أو يدلس بحمل فتموت منه، فهذا يرجع بجميع الثمن على البائع، لأنه تعدى بكتمان عيب قد علمه فكان ذلك سبباً لهلاك المبيع فيلزمه ضمانه لمّا كان هلاكه بسببه»[1] اهـ.

وبه قال أحمد في أصح روايتيه[2].

وقوله: «والقول للمشتري أنه ما رأى العيب..» إلخ يعني أن البائع والمشتري إذا تنازعا في تبيين عيب المبيع، فقال البائع أريتك العيب أو رضيت به، فأنكر المشتري ذلك ـ فإن المشتري مصدق بلا يمين إلا أن تكون دعوى البائع محققة، بأن يقول له أريتك العيب بنفسي أو أعلمتك به أو أخبرك به مخبر بحضرتي ـ فعندئذ عليه يمين، ولا يُصدق دونها، فإن حلف فذاك وإن نكل رُدت على البائع[3].

وقوله: «وعلى البائع أنه ما أبق عنده..» إلخ يعني أن من اشترى عبداً وأبق عنده بقرب الشراء، وادعى قدم الإباق وأتى بدعوى محققة على ذلك حسب ما تقدم في المسألة السابقة ـ فإن على البائع أن يحلف أنه ما أبق عنده، وإن لم تحقق عليه الدعوى فلا يمين عليه لأن القول قوله، أي البائع في ثبوت أصل العيب وفي قدمه[4] وسيأتي الدليل على ذلك في باب اختلاف المتبايعين. إن شاء الله.

* * *

ولا يَجوزُ التَّمسُّك بـالأَقلِّ من مُعيَّنٍ مُتعـدِّدٍ لعيبٍ أو

---

(١) المنتقى ٤/٢٠٠.

(٢) المغني ٤/١٦٧.

(٣) منح الجليل ٢/٦٦٧.

(٤) المرجع السابق.

استحْقاقٍ لأكثرِه، فإن فاتَ السالم فبِحصتِه من الثمن، بخلافِ الموصوفِ.

* * *

يعني أن من اشترى مُعيناً متعدداً كقطيع من الغنم أو عدد من الثياب، واستُحق أكثره أو تُعيب فلا يجوز له التمسك بالأقل السالم بحصته من الثمن بل يتعين رد الباقي مع المعيب أو المستحق، إلا إذا اختار التمسك بالسالم بجميع الثمن فله ذلك، لأن التمسك بالسالم القليل أو الباقي بحصته من الثمن ـ يعتبر بمثابة عقد بثمن مجهول، إذ لا يعرف ما ينوبه من الثمن إلا بعد تقويم الجميع، وفي ذلك جهل وغرر، وتقدم الدليل على منع بيع الغرر.

وأجاز ابن حبيب التمسك بالأقل السالم ورد الأكثر المعيب أو المستحق بحصته من الثمن قائلاً إنها جهالة طارئة بعد تمام البيع فلا تضر[1].

ومحل منع التمسك بالأقل السليم بما يخصه من الثمن ورد الأكثر المعيب أو المستحق ـ إذا كان السالم كله باقياً، أما إذا فات، بأن حصل فيه هلاك ـ فإن للمشتري التمسك به بحصته من الثمن ورد المعيب أو المستحق وحده، وله رد الجميع[2].

وقوله: «بخلاف الموصوف» يعني أن من اشترى متعدداً موصوفاً في الذمة، كعشرة أثواب موصوفة واستحق أكثرها أو تعيب فإن البيع لا ينتقض بل يرجع بمثل المعيب منها أو المستحق ويتمسك بالباقي، وله رد الجميع.

واحترز بالمتعدِّد من المبيع المتحد كدار فإنها إذا استحق بعضها قل أو

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ٣/١٣٥.
(٢) المرجع السابق.

كثر فإن المشتري مخير بين التمسك والرد، لدفع ضرر الشركة[1].

ومثل ذلك المبيع المثلي كقمح وشعير فإنه إذا استحق أقله أو تعيب فلا يحرم التمسك به، بل إن المشتري مخير بين الرد والتمسك بالسالم أو الباقي بحصته من الثمن، لأن ما ينوبه معلوم، فلا يحتاج إلى تقويم بخلاف المقوم كما أسلفنا[2].

* * *

وجَازَ رَدُّ أَحَدِ المتبايعين، والردُّ على أحدِ البَائِعين والغلَّةُ للمشتري للفسخ، لا الوَلَدُ والثمرةُ المؤبَّرةُ والصُّوفُ التامُّ إن لم يحصُل بعد جزِّه مثلُه.

* * *

إذا اشترى اثنان سلعة أو سلعاً في صفقة واحدة وظهر بها عيب فإن لأحدهما أن يرد نصيبه دون رضا صاحبه، ولو لم يرض البائع بذلك على المشهور، كما أن لمن اشترى سلعة أو سلعاً من اثنين وظهر بها عيب أن يرد على أحدهما نصيبه مما اشترى ولو لم يرض صاحبه. فالقول لمن أراد الرد في ذلك[3].

وقوله: «والغلة للمشتري الخ..» يعني أن غلة المبيع للمشتري قبل الفسخ بالعيب، لأنه ضامن بالقبض، ومن عليه الضمان له الخراج أي الغلة[4].

والأصل في ذلك حديث: «الخراج بالضمان» وقد تقدم تخريجه في

(١) الشرح الصغير ٣/١٨٤.
(٢) المرجع السابق وجواهر الإكليل ٢/٥٢.
(٣) الشرح الصغير ٣/١٨٦ ـ ١٨٧.
(٤) المرجع السابق.

فصل انتقال ضمان الفاسد بالقبض.

وقوله: «لا الولد والثمرة المؤبرة. .» إلخ، يعني أن الولد لا يعتبر غلة وإنما يرد مع أمه إذا اطُّلع على عيب فيها سواء حملت به قبل البيع أو بعده. ويستثنى من الغلة ـ الثمرة التي أبرت، أي ألقحت قبل بيع أصلها فإنها ترد مع الأصل للبائع فإن فاتت عند المشتري رد مثلها إن عرفه وإلا رد قيمتها.

والأصل في دلك ما أخرجه مالك والشيخان ـ واللفظ لمالك. أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أُبِّرتْ فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1].

وكذلك الصوف التام فإنه يرد للبائع إذا رد أصله بعيب، قال المواق: «من المدونة: قال ابن القاسم: إن كان صوف الغنم يوم الصفقة تاماً فجزه ثم ردها بعيب فليرد ذلك معها أو مثله إن فات[2]. إلا إذا لم يطلع على العيب إلا بعد أن عاد إليها مثل ذلك الصوف فليردها وحدها ولا شيء عليه في الصوف، قاله اللخمي[3].

وقال الشافعي وأحمد: لا ترد الزيادة المنفصلة من المبيع كالولد والثمرة فيرد المبيع الأصل دونها.

وقال أبو حنيفة: حصول الزيادة في يد المشتري يمنع الرد بالعيب في كل حال[4].

* * *

وضمانُ المبيعِ من البائعِ إن رضيَ بالقبض، ولو لم يقبضْ. ولا ردَّ لغلطٍ إن سُميَ باسم عام، كأن يظنَّه زُجاجاً وهو

(١) الموطأ ٢/٦١٧ وزاد المسلم ٣/١١٩ ـ ١٢٠.

(٢) التاج والإكليل ٤/٤٦٣.

(٣) مواهب الجليل ٤/٤٦٣.

(٤) مغني المحتاج ٢/٦١ ـ ٦٢ والمغني ٤/١٦١ ورحمة الأمة ص ١٧٩.

جوهر أو بالعكسِ، ولا بِغبنٍ ولو خالفَ العادةَ إلَّا لمن أخبر بجهله.

* * *

يعني أن المبيع المردود بالعيب ـ ينتقل ضمانه للبائع إن رضي بقبضه ولو لم يقبضه بالفعل، كما يضمنه إن ثبت العيب عند القاضي ببينة أو بإقرار البائع بالعيب وإن لم يحكم به القاضي. فإن هلك بعد ذلك فضمانه من البائع[1].

وقوله: «ولا ردَّ بغلطٍ إن سمي باسم عام. .» يعني أن الغلط لا يرد به إن سمي المبيع باسمه العام مع الجهل بحقيقته الخاصة كأن يقول: أبيعك هذا الحجر فيظنه المشتري جوهراً فيشتريه بألف درهم، فيتبين أنه غير جوهر، وأنه لا يساوي درهماً واحداً، وكذلك العكس، بأن يظن البائع أن حجراً ما غير جوهر فيتبين أنه جوهر، لأن لفظ الحجر عام يشمل الجوهر وغيره من الأحجار العادية.

وكذلك إذا لم يسمَّ المبيع باسم عام ولا غيره وأخطأ المشتري في رؤيته فاشترى زجاجاً يظنه جوهراً، أو أخطأ ظن البائع فباع جوهراً يظنه زجاجاً.

وسواء كان الجهل من المتبايعين معاً أو من أحدهما ما لم يستسلم الجاهل للعالم، وإلا فللجاهل الرد كما يأتي في الغبن[2].

أما إذا سمي المبيع باسم لا يشمل المبيع بأن قال البائع: أبيعك هذا الحجر أو هذا الجوهر فيشتريه بغلاء ـ فإذا هو زجاج، أو العكس فيسميه البائع زجاجاً فيتبين بعد الشراء أنه جوهر. فإنه يرد في الحالتين لأن الزجاج لا يطلق عليه الحجر ولا الجوهر.

(١) الشرح الصغير ٣/١٨٩.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٥/١٥٣.

ومحل عدم الرد بالغلط إذا لم يك البائع أو المشتري وكيلاً وإلا فللموكِّل الرد مطلقاً[1].

وقوله: «ولا بغبن ولو خالف العادة..» يعني أن الغبن لا يرد به ولو جاوز الحد كأن يشتري ما ثمنه عشرة دراهم بمائة درهم أو العكس فلا يرد بذلك على المعتمد.

وقيل إن ما خالف العادة من الغبن يرد به بأن زاد الثمن على السعر المعتاد بالثلث فأكثر، وكان المغبون جاهلاً بسعر البلد وقام بطلب الرد قبل نهاية سنة من يوم البيع.

وبهذا أفتى المازري والبرزلي وابن عرفة قاله البناني، قال: «والعمل به مستمر عندنا»، يعني بفاس[2].

وعليه درج ابن عاصم في التحفة فقال:

«ومن بغبن في مبيع قامَا   فشرطه أن لا يجوز العامَا
وأن يكون جاهلاً بما صنع   والغبن للثلث فما زاد وقع
وعند ذا يفسخ بالأحكام   وليس للعارف من قيام»[3]

والأصل في أن الغبن لا يرد به: حديث: «لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض». أخرجه مسلم وغيره[4].

وقوله: «إلا لمن أخبره بجهله..» إلخ يعني أن أحد المتبايعين إذا أخبر صاحبه بجهله بالسعر كأن يقول له: أنا لا أعلم قيمة هذا المبيع فبعني كما تبيع الناس، أو اشتر مني كما تشتري من الناس، فيقول البائع أو المشتري:

---

(١) الشرح الصغير ٣/١٨٩ - ١٩٠.
(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/١٥٢.
(٣) إحكام الأحكام في تحفة الحكام ص ١٩٦.
(٤) صحيح مسلم ٣/١١٥٧ وسنن الترمذي ٢/٣٤٧.

سعر البلد بكذا فيبيع أو يشتري به، ثم يتبين أنه أقل أو أكثر ـ فإن للمغبون الرد بالغبن مهما كان قدره.

والأصل في ذلك ما أخرجه البيهقي عن جابر وأنس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «غبن المسترسل ربا»[1] أي كالربا في التحريم.

والمسترسل: من الاسترسال وهو: «الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة فيما يحدث به». قاله في النهاية[2].

وبه قال أحمد في أصح روايتيه، إلا أنه فسر المسترسل بالجاهل بقيمة السلعة ولو لم يخبر بجهله. قال في المغني: «والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة، قال أحمد: المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس، وفي لفظ: الذي لا يماكس، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبن»[3].

وله رواية أخرى أن بيع المسترسل ماض وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي. قاله في المغني[4].

* * *

---

(١) السنن الكبرى ٥/٣٤٩.

(٢) النهاية ٢/٢٢٣.

(٣) المغني ٣/٥٨٤.

(٤) المرجع السابق.

فَصْل



يَنتَقِلُ ضمانُ المبيع إلى المُشتَرِي بالعقد الصحيح اللَّازم وَالفاسدُ والمحبوسةُ في الثَّمنِ بِالقبضِ ، كَكُلِّ ما فيه حقُّ توْفيةٍ من مكيلٍ أو موزونٍ أو معدودٍ، وعلى البائعِ الأجرةُ لا المقرِضِ .

* * *

يعني أن المبيع ينتقل ضمانه إلى المشتري بمجرد العقد الصحيح اللازم ولو لم يتسلم المشتري المبيع.

واحترز باللازم من غيره كبيع الخيار فإنه غير لازم، وتقدم أن ضمانه من البائع وكبيع المحجور لأنه يتوقف على الولي فضمانه من البائع[1].

أما مقابل الصحيح فهو البيع الفاسد ولا ينتقل فيه المبيع إلى ضمان المشتري إلا بالقبض كما تقدم. وكذلك السلعة المحبوسة لأجل قبض الثمن الحال من مشتريها فلا ينتقل ضمانها إلا بالقبض.

ومثل ذلك كل ما فيه حق توفية مما يكال أو يوزن أو يعد فلا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض أي بتمام الكيل والوزن والعد، وعلى البائع تولي

(١) الشرح الصغير ١٩٥/٣ ـ ١٩٨.

الكيل والوزن والعد بنفسه أو وكيله. وعليه الأجرة على ذلك لأن التوفية لا تحصل إلا به[1].

والأصل في ذلك حديث عثمان مرفوعاً: «إذا اشتريت فاكْتَلْ وإذا بعت فكِلْ» أخرجه أحمد والبيهقي[2] وقال الهيثمي «إسناده حسن»[3].

وقوله: «لا المقرِض» يعني أن المقرِض ليس عليه الكيل ولا الوزن والعد ولا الأجرة، لأنه لم يطالَبْ بشيء، وإنما صنع معروفاً، أما المقترض فعليه حق التوفية من كيل ووزن وعد وأجرة ـ عند رده للقرض.

* * *

والقبضُ في ذِي التوفيةِ باستيفاءِ ما كِيلَ أو عُدَّ أو وُزِن وفي العقارِ بالتَّخليَةِ، وفي دار السكنى بها وبالإخلاَءِ، وفي الحَيَوانِ والعروض بالعرف كمُناولةِ الثوبِ وإعطاء حبْلِ الدَّابَّة. وتلفُ المبيع المُعيّن وقت ضمانِ البائِع بسماويٍّ مُبطلٌ.

* * *

تقدم أن كل ما فيه حق توفية مما يكال أو يوزن أو يعد فإن قبضه باستيفاء كيله أو وزنه أو عده للمشتري.

أما قبض العقار فبالتخلية، بأن يخلي البائع بينه وبين المشتري ويمكنه من التصرف فيه.

وتقدم أن العقار هو الأرض وما اتصل بها من شجر وبناء.

وإن كان البناء دار سكنى فلا تكفي فيها التخلية وحدها بل لا بد معها

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الفتح الرباني ١٥/٤٨ ـ ٤٩ والسنن الكبرى ٥/٣١٥.

(٣) مجمع الزوائد ٤/٩٨.

من إخلائها من أمتعة البائع.

وقبض الحيوان والعرض بالعرف الجاري بين الناس كتسليم الثوب وحبل الدابة وزمام الراحلة، ومفاتيح السيارة، وسوق الدابة وعزلها عن دواب البائع ونحو ذلك.

وقوله: «وتلف المبيع المعين وقت ضمان البائع. .» الخ يعني أن المعين المبيع بيعاً صحيحاً إذا تلف وهو في ضمان البائع بأمر سماوي لا بجناية أحد عليه فإن البيع يبطل. وعليه فلا يلزم البائع أن يأتي بمثله للمشتري.

بخلاف ما كان موصوفاً متعلقاً بالذمة، فإذا تلف المسلم فيه عند إحضاره وقبل قبض المشتري فيلزمه الإتيان بمثله لأن العقد فيه وقع على ما في الذمة.

ومفهوم قوله: «بسماوي» أنه إذا تلف بغير سماوي أن البيع لا يبطل وهو كذلك وفيه تفصيل:

فإذا أتلفه المشتري زمن ضمان البائع فإن ذلك يعتبر قبضاً منه، وعندئذ يلزمه الثمن.

وإذا أتلفه البائع أو الأجنبي فإن عليه غرم قيمة المقوم ومثل المثلي، والضمير في هذا كله راجع للمعين المبيع بيعاً صحيحاً.

* * *

وجاز البيعُ قبل القبض إلا طعامِ المعاوضةِ ولو كرِزقِ قاضٍ ومؤذِّنٍ وصداقٍ إنِ لم يُبَع جزافاً.

ولمن اشترى لأحدِ محجوريْه من الآخرِ أن يبيعَه قبل قبضِه فعلاً كالقرض ووفائِه والصدقةِ والإقالةِ والتولية والشركةِ إن

لم تكن على أن أنقد عنك واستوى العقدَانِ، أي التـوليةُ والتّشريكُ فيهما. والتشريكُ عند الإطلاقِ يُحمل على النصفِ. والله أعلم.

* * *

تقدم الكلام على جواز البيع قبل القبض، ومنعه في طعام المعاوضة عند قول المصنف: «وكبيع طعام معاوضة قبل قبضه» وذلك في باب ذكر المنهي عنه. وتقدم الدليل عليه. وقد ذكرنا مذاهب الأئمة في ذلك، وأن ابن المنذر قال: إن أصح المذاهب في هذه المسألة هو مذهب مالك، لحديث النهي عن بيع الطعام حتى يُستوفى[1].

وقوله: «إن لم يُبع جزافاً» يعني أن منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه محله إذا لم يكن بِيعَ جزافاً ـ أما ما بيع من الطعام جزافاً بالشروط التي تقدم ذكرها لبيع الجزاف ـ فإن بيعه قبل قبضه لا يمنع على الأصح، لأن الجزاف مقبوض بنفس العقد، إذ ليس فيه حق توفية[2].

ويجوز لولي اشترى لأحد محجوريه من الآخر طعاماً أن يبيعه قبل قبضه الفعلي، كولديه أو يتيمين له الولاية عليهما، لأنه مُتولِّي طرفي البيع والشراء، فكأنه قبضه وباعه بعد قبضه.

أما قوله: «كالقرض ووفائه» فقد تقدم شرحه عند قول المصنف: في باب المنهي عنه: «لا إقراضه أو الوفاء به عن قرض» كما أشرنا آنفاً إلى أن الطعام المتصدَّق به أو الموهوب بلا عوض يجوز بيعه قبل قبضه لأنه لا معاوضة فيه، وقد نقلنا كلام العلماء في ذلك ومنه قول ابن حبيب: «ما كان من أرزاق القضاة أو الكتاب أو المؤذنين وأصحاب السوق من الطعام فلا يباع

---

(١) المجموع ٩/٢٧٠ ـ ٢٧١.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٥/١٦٥.

حتى يقبض، وما كان من صلة أو عطية من غير عمل فذلك جائز»[1]اهـ.

والحديث الذي تقدم عن مالك والشيخين مرفوعاً: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» - واضح في أن النهي فيه خاص بطعام المعاوضة، أما غيره فالأصل فيه الإباحة والله أعلم.

وقوله: «والإقالة والشركة والتولية..» إلخ يعني أن الإقالة والشركة والتولية تجوز في طعام المعاوضة قبل قبضه لأنها من عقود المكارمة كالقرض، لا تدخل في نطاق البيع بالمفهوم المعهود له، وهو المساومة والمماكسة.

ومعنى الشركة والتولية في الطعام أن يشتري أحد طعاماً فيقول له آخر: ولِّني ما اشتريت، أو ولني بعضه، فإن تخلى له عن جميعه كان تولية، وإن تخلى له عن بعضه كان شركة. ويجوز ذلك فيهما إن لم تكن هناك زيادة أو نقد من الثاني مقابل أجل. فلا بد أن يستوي عقد المولِّي والمولَّى والمُشرِك والمشرَك قدراً وأجلاً وحلولاً ورهناً وحميلاً في التولية والشركة.

وإذا قال من اشترى الطعام لصاحبه أشركتك، ولم يبين نوع التشريك فإن التشريك يحمل على النصف، فإن قيد بشيء من ثلث أو ربع أو غيرهما عمل به، وإن أطلق حمل على النصف[2].

والأصل في جواز الإقالة والتولية والشركة في الطعام قبل قبضه عمل أهل المدينة وأثر سعيد بن المسيب.

ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر عندنا أنه لا بأس بالشرك والتولية والإقالة منه في الطعام وغيره، قبض ذلك أو لم يقبض، إذا كان ذلك بالنقد، ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ولا تأخير للثمن، فإن دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما، صار بيعاً يحله ما يحل البيع، ويحرمه ما يحرم

---

(١) المنتقى ٤/٢٨٤.

(٢) الشرح الصغير ٣/٢٠٩ - ٢١١.

البيع، وليس بشرك ولا تولية ولا إقالة»[1].

وفي المدونة: «قال سحنون: وأخبرني ابن القاسم عن سليمان بن بلال عن ربيعة بن عبد الرحمٰن عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه، إلا ما كان من شرك أو تولية أو إقالة»[2].

وإذا كانت الإقالة بيعاً عندنا فإنها فسخٌ في طعام المعاوضة قال خليل: «والإقالة بيع إلا في الطعام.. والشفعة والمرابحة»[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: لا تجوز الشركة ولا التولية في الطعام قبل قبضه، لأنهما بيع يدخلان في عموم النهي الوارد في بيع الطعام قبل قبضه.

أما الإقالة فتجوز في الطعام قبل قبضه لأنها فسخ لا بيع[4].

* * *

---

(١) الموطأ ٢/٦٧٦.

(٢) المدونة ٣/١٦٢.

(٣) مختصر خليل ١٨٧.

(٤) المغني ٤/١٣١ ـ ١٣٥ وبداية المجتهد ٢/١٤٦.

فَصْلٌ في المرَابحَة



المُرابحةُ: بيعُ ما اشتريتَ بثمنِه وربحٍ معلومٍ، وهي جائزةٌ إن بيَّن أصلَ الثمنِ وما زاد مما لَه عينٌ قائمةٌ أوْ لاَ، كأجرةِ الحملِ والسمسارِ، وطَلَبَ الربحَ على الجميع، أو أطلق في المرابحةِ، بأن قال: أبيعكها ربح كلِّ عشرةٍ كذا، فيحسَبُ ما لا عينٌ له قائمةٌ ولا ربحَ فيه، والربحُ في أصلِ الثمنِ وما له عين قائمةٌ، ولا يُحسب لما عمِلهُ بيدِه أصلٌ ولا ربح.

* * *

المرابحة هي أن يشتري شخص سلعة بثمن معلوم، ويبيعها لآخر بالثمن الذي اشتراها به، مع ربح معلوم يتفقان عليه. هذا هو تعريفها باعتبار الأعم الغالب.

وعرفها ابن عرفة فقال: «بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع سبقه غير لازم مساواته له»[1].

وهذا التعريف يشمل الوضيعة والتولية، أي بيع السلعة بثمن مساو لثمنها الأول أو أقل منه، لكنه مجرد اصطلاح لا ينطبق على الواقع الحقيقي.

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٨٤.

وقوله: «وهي جائزة..» الخ يعني أن بيع المرابحة جائز، وإن كان خلاف الأولى، قال خليل: «جاز مرابحة والأحب خلافه»[1] ويعني بخلافه: بيع المساومة[2].

وجواز بيع المرابحة يشترط فيه أن يبين أصل الثمن وقت البيع، ويبين أيضاً ما زاد على الأصل مما له أثر مشاهد في السلعة كصبغ وخياطة. وما زاد مما لا أثر له كأجرة حمل السلعة وأجرة السمسار. وأن يطلب الربح على جميع ما صرفه من ثمن وغيره ويشترط ذلك. ففي هذه الحالة له جميع ما صرف مما يحسب أو لا يحسب[3].

كما تجوز المرابحة إن أطلق فيها بأن قال: أبيعك هذه السلعة على ربح كل عشرة واحداً أو كل مائة عشرة أو غير ذلك من أي نسبة مائوية إن كان هذا المصطلح واضحاً عند الجميع. ففي هذه الصورة يحسب في الثمن ما لا عين له مرئية إن كان له أثر زيادة في الثمن كنقل السلعة إلى محل يزيد في ثمنها، وكسمسار يتوقف عليه في العادة بيع السلعة، فإن أجرتهما تحسب في الثمن، ولا تحسب في الربح، وإذا لم يكن لهما أثر زيادة في الثمن فلا تحسب أجرتهما في الثمن ولا في الربح[4].

وقوله «والربح في أصل الثمن وما له عين قائمة..» يعني أن البيع إذا وقع على المرابحة من غير بيان ما يربح وما لا يربح بل اقتصر على ذكر ما في هذه الصورة التي هي ربح الواحد في العشرة أو العشرة في المائة ونحو ذلك فإن البائع يلزم له الربح في أصل السلعة وفيما طرأ عليها مما له عين قائمة مشاهدة بالبصر كالصبغ والتطريز والخياطة فيحسب له جميع ما صرف في أصل الثمن وفيما زاد على السلعة، كما يحسب له ربحهما معاً.

(١) مختصر خليل ص ١٨٨.
(٢) جواهر الإكليل ٢/٥٦.
(٣) منح الجليل ٢/٧١٤.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٣/١٦٠.

هذا إذا استأجر على مَا لَه عين قائمة ولو كان من الشأن أن يتولاه بنفسه، أما إذا عمله بنفسه، أو عمله له غيره بدون أجرة فلا يحسب له في الربح ولا في الثمن.

كما لا يحسب له ما يصبغ به وما يخاط به إن كان يمتلكهما، أما إذا اشتراهما فيحسبان له[1].

* * *

فإن خَصَّ في طلبِ أصلٍ أو ربحٍ فلَه، كما إذا كان عرفٌ وأطلق. وإن أبهمَ، بأن قال: قامت علي بكذا بشدِّها وصبغِها، ولم يُفصِّل فللمشتري الفَسخُ إن لم يحُطَّ الزائدَ وربحَه. وتعين الحطُّ في الفواتِ.

* * *

يعني أن البائع له ما نص عليه في البيع من ربح لأصل أو غيره، إذا بين ذلك للمشتري ورضي به، كأن يقولَ البائع: اشتريت السلعة بكذا، وزدتها بكذا وأنفقت عليها كذا، وأبيعها بربح عشرة على المائة، على أصل الثمن والزائد والنفقة عليها، ورضي المشتري فللبائع ربح ما نص عليه، وكذلك إذا نص على ربح الثمن وحده دون غيره فليس له إلا ذلك.

وإذا أطلق طلب الربح، بأن قال اشتريتها بكذا وزدتها وأنفقت عليها كذا وأبيعها بربح عشرة أو خمسة عشر في المائة مثلاً ولم ينص على طلب ذلك في الأصل ولا في الزائد.. بل أطلق ـ فإنه إذا كان العرف جارياً بضرب الربح على الجميع فله ذلك، وإن لم يجر عرف بضرب الربح على الجميع

(١) شرح الزرقاني على خليل ٥/١٧٣.

فليس له إلا ربح ما يضرب عليه الربح مما تقدم. وهو ثمن السلعة وما له عين قائمة(١).

وإن أبهم البائع أي لم يبين بالتفصيل ثمن السلعة على انفراد، ولم يبين ثمن ما له عين قائمة ولا غيره، كالمثال الذي ذكر المصنف رحمه الله، فللمشتري الفسخ وله الرِّضا بما يتفقان عليه، ولا يتعين الفسخ على الراجح، وقيل: إن البيع فاسد يفسخ لجهل الثمن(٢).

وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله: «لا أبهم، كقامت عليّ بكذا، أو قامت بشدها وطيها بكذا ولم يفصل، وهل هو كذب أو غش تأويلان»(٣).

فعلى أنه كذب يكون المشتري مخيراً بين الفسخ والإمضاء بما يتفقان عليه إن لم يُحَط عنه الزائد، فإن حُط عنه الزائد لزم البيع، وهذا هو الراجح كما تقدم.

وعلى أنه غش ـ وهو ما نحا إليه الباجي وابن محرز ـ يفسخ البيع ولو حُط الزائد(٤).

وقوله: «وتعين الحط في الفوات» يعني أن التخيير ـ الذي تقدم أنه مبني على القول الراجح ـ محله إذا كانت السلعة قائمة، لم تفت، أما إذا فاتت فيتعين حط الزائد ويمضي البيع، والله أعلم(٥).

* * *

ووجب تبيينُ المنقودِ والمؤجَّلِ وما تُسُومح عنه

---

(١) الشرح الصغير ٣/٢١٨ ـ ٢١٩.
(٢) المرجع السابق.
(٣) مختصر خليل ص ١٨٨.
(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/١٦٣ ـ ١٦٤.
(٥) الشرح الصغير ٣/٢١٩ ـ ٢٢٠.

والاستعمالِ فإن غلط بنقصٍ بأن قال: بثمانين فيما ثبت أنه بمائةٍ فالمُشتري مخيرٌ بين الردِّ ودفعِ ما تبين وربحِه. وفي الفوات القيمةُ إن لم تنقص عن الغلطِ، وفي الزيادةِ فإن حط الزائد لزمت المشتري وإلا خُيِّر كالغشِّ، فإن فاتت السلعةُ لزمه في الغشِّ الأقلُّ من الثمنِ والقيمةِ، وفي الكذِب خُيِّر البائعُ بين أخذ الصحيح وربحِه أو القيمةِ.

* * *

يعني أن البائع مرابحة يجب عليه عند العقد تبيين المنقود من الثمن والمؤجل منه، وتبيين ما سامحه فيه بائعه من نقص ورداءة، وتبيين استعماله للسلعة إن كان قد استعملها كركوبه للدابة أو السيارة، أو لبسه للثوب، ونحو ذلك، إذا كان الاستعمال ينقص السلعة المبيعة بالمرابحة[1].

فإن غلط البائع بنقص في عدد الثمن الذي اشترى به السلعة بأن قال: اشتريتها بثمانين وثبت ببينة أو بإقرار المشتري أنه اشتراها بمائة فإن المشتري مخير بين رد السلعة أو بقائها ودفع ما نقص مع ربحه، إن لم تفت السلعة. أما إذا فاتت بنماء أو نقص ـ لا بحوالة سوق ـ فإنه مخير بين دفع قيمة السلعة يوم بيعها ما لم تنقص عن الغلط وربحه، أو دفع الثمن الصحيح ـ الذي ثبت بعد البيع ـ وربحه[2].

فإن حط البائع الزائد الذي ثبت وربحه لزم المشتري التمسك بالسلعة، وإن لم يحطهما خير المشتري بين ردها والتمسك بها.

كما يخير المشتري بين التمسك بالسلعة وردها إذا غشه البائع بأي نوع

---

(١) مواهب الجليل ٤/٤٩١ ـ ٤٩٣.

(٢) المرجع السابق.

من أنواع الغش، كأن يكتب على السلعة ثمناً أكثر من ثمنها أو نوعاً أجود من نوعها فللمشتري الخيار ولو حط عنه البائع ما غش به. فإن فاتت السلعة بيد المشتري واطلع على أن البائع غش فيها ـ فإن المشتري يلزمه الأقل من الثمن الذي وقع به البيع، وقيمتها يوم قبضها على المشهور وقيل يوم بيعها[1].

وإن كذب البائع بزيادة في ثمن السلعة المبيعة مرابحة، بأن قال: اشتريتها بمائة وهو اشتراها بثمانين، فإن البائع مخير بين أخذ الثمن الصحيح وربحه أو قيمة السلعة يوم القبض بدون ربحها، ما لم تزد قيمتها على الكذب وربحه. فإن زادت عليهما لزم المشتري الكذب وربحه[2].

ففي الموطإ: «قال مالك: وإذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار، للعشرة أحد عشر، ثم جاءه بعد ذلك أنها قامت عليه بتسعين ديناراً وقد فاتت السلعة خير البائع، فإن أحب فله قيمة سلعته، يوم قبضت منه، إلا أن تكون القيمة أكثر من الثمن الذي وجب له به البيع أول يوم. فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير، وإن أحب ضرب له الربح على التسعين إلا أن يكون الذي بلغت سلعته من الثمن أقل من القيمة فيخير في الذي بلغت سلعته، وفي رأس ماله وربحه، وذلك تسعة وتسعون ديناراً»[3] اهـ.

والأصل في ذلك كله الكتاب والسنة.

قال ابن رشد: «ولا يجوز في بيع المرابحة أن يكتم البائع من أمر سلعته ـ ما إذا ذكره كان أوكس للثمن أو أكره للمبتاع، لأن ذلك من أكل المال بالباطل الذي نهى الله عنه وحرمه، ومن الغش والخديعة والخلابة المنهي عنه بالسنة»[4]اهـ.

(١) منح الجليل ٢/٧٢١.
(٢) شرح الزرقاني على خليل ٥/١٨١.
(٣) الموطأ ٢/٦٦٩.
(٤) المقدمات مع المدونة ٣/٣٢٨.

ويشير ابن رشد بذلك إلى قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[1] أي لا يأكل بعضكم مال بعض، بغير حق.

أما السنة فقد أخرج مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من غشنا فليس منا»[2]. وأخرج أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم وصححه عن عقبة بن عامر الجهني أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمُ أخو المسلم، لا يحل لمن باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بينه له»[3].

وقد تقدم الاستدلال بالحديثين عند قول المصنف: «ويجب على البائع بيان ما علمه من عيب سلعته».

* * *

---

(١) البقرة: ١٨٨.

(٢) صحيح مسلم ١/٩٩.

(٣) تلخيص الحبير ٣/٢٢ والمستدرك ٢/٨.



فَصْلٌ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ العَقْدُ

وفي بيع الأصولِ والثمر والبقولِ



يتناولُ البناءُ والشجرُ الأرضَ، وتناولتهما والبذرَ لا الزرعَ. ولا يتناولُ الشجرُ مؤبَّراً أو ثمراً انعقد أكثرُه إلا لشرطٍ، وتناولت الدارُ الثابتَ، لا كسُلَّمٍ لم يُسمَّرْ.

* * *

إذا بيع بناء أو شجر أو رُهِنَا ـ فإن أرضهما يتناولها العقد، وكذلك العكس إذا بيعت أرض أو رهنت وفيها بناء أو شجر فإن العقد يتناول البناء والشجر، إلا لشرط أو عرف.

وتناولت الأرض المبيعةُ أو المرهونَةُ ـ البذر الذي لم ينبت فيدخل في بيعها أو رهنها. لا الزرع الظاهر على الأرض فلا يدخل في العقد بل هو لبائعها إلا لشرط أو عرف[1].

وإذا بيع نخل قد أبر أو شجر غير نخل قد انعقد ثمره، أي برز وتبين عن أصله فإن ثمره لا يدخل في العقد، بل هو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، هذا إذا أُبِّر وانعقد كله أو جله، لأن الأقل يتبع الأكثر. وإذا كان المؤبر أو المنعقد هو النصف ـ فإن لكل منهما حكمَه. فالمؤبر أو المنعقد للبائع إلا أن

(١) التاج والإكليل ٤/٤٩٥.

يشترطه المبتاع، وغيره للمشتري، إلا أن يشترطه البائع(١).

والأصل في ذلك حديث ابن عمر المتقدم عن الموطإ والصحيحين أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت، فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»(٢).

وإذا بيعت دار فإن الثابت فيها يتناوله العقد كالباب والشباك والسلم المسمَّر، أما ما لم يكن ثابتاً فيها كسُلَّم لم يُسمَّرْ فإن العقد لا يتناوله إلا المفاتيح فإنها تدخل في البيع، لأنها تابعة للأبواب(٣).

ويوافق الشافعي وأحمد مالكاً فيما تقدم، إلا أن البذر لا تتناوله الأرض عندهما، فهو للبائع، كما أن النخل إذا أُبِّر بعضه فإن ما أُبِّر منه للبائع وما لم يؤبَّر منه للمشتري، قل أو كثر.

وقال الشافعي: إذا رهنت الأرض فإن البناء والشجر لا يدخلان في العقد. وبه قال أحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى توافق مالكاً(٤).

* * *

ويَصِحُّ بيعُ الثَّمرِ إن بَدا صلاحُه، أو أُلحِقَ بأصلِه. وبُدوُّ الصلاحِ في الثمرِ التلوُّنُ وفي الفواكِهِ بدوُّ الحلاوةِ وفي الحبِّ اليُبْسُ..

* * *

يعني أن ثمر النخل والرمان وغيرهما من أنواع الثمار التي لم تستتر

(١) المرجع السابق.

(٢) الموطأ ٦١٧/٢ وزاد المسلم ١١٩/٣ - ١٢٠.

(٣) مواهب الجليل ٤٩٧/٤.

(٤) مغني المحتاج ٨٠/٢ - ٨١ والمغني ٧٤/٤ - ٨٩.

بأكمامها يجوز بيعه منفرداً إن ظهر صلاحه. كما يجوز بيعه مع أصله ولو لم يبد صلاحه، لأنه صار تبعاً للأصل، كما يجوز بيعه ولو لم يبد صلاحه إذا ألحق بأصله بأن بيع الأصل أولاً.. كشجر النخل والرمان ثم بعد ذلك بيع الثمر،

وكذلك الحب كالزرع يجوز بيعه منفرداً بعد بدوّ صلاحه أو مع أرضه في عقد واحد أو بيعت الأرض دونه ثم ألحق بها في البيع فيجوز ذلك فيهما ولو لم يبد صلاحه[1].

وظهور صلاح التمر يعرف بتلون البلح بأن يصفر أو يحمر حسب ما تقدم في كتاب الزكاة.

وظهوره في الفواكه كالعنب والرمان والتفاح ـ بالحلاوة، وظهوره في البطيخ الأصفر ـ الاصفرار، وفي غير الأصفر تهيؤه للنضج ـ بدخول الحلاوة فيه، أو تلون لبه بالحمرة أو السواد، وفي البقول ـ كالجزر والخيار ـ ببلوغها حد الإطعام[2].

أما ظهور الصلاح في الحب فيبسه وبلوغه غاية الإفراك بحيث يبلغ حداً لا يكبر بعده.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك والشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري»[3].

وأخرجوا عن أنس: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، فقيل: يا رسول الله وما تزهى؟ قال: «حين تحمر».

قال رسول الله ﷺ: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال

---

(١) الشرح الصغير ٣/٢٣٣ ـ ٢٣٤.
(٢) المرجع السابق ٣/٢٣٦.
(٣) الموطأ ٢/٦١٨ وإحكام الأحكام ٣/١٢٦ ـ ١٢٧.

أخيه؟»[1] وفي رواية للشيخين: «قيل وما زهوها؟» قال: «تحمارّ وتصفار»[2].

قال الباجي: «والزهو النور والمنظر الحسن، ويحتمل أن يكون مأخوذاً منه، لأنها حينئذ يحسن منظرها ويكمل حسنها»[3]اهـ.

أما كون بدو الصلاح في الحب اليبس ـ فالأصل فيه ما تقدم لمسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»[4].

ومعنى: يبيض: يشتد حبه. قاله الأبي. قال: «ويلحق في ذلك الفول والحمص والعدس، واختلف إذا بيع شيء من ذلك بعد أن أفرك، وقبل أن يبيض وييبس، فقال ابن عبد الحكم: يفسخ كما لو بيع الزرع قبل بدو صلاحه، وقال ابن القاسم: يفوت باليبس ويمضي ذلك»[5]. قلت: وعلى قول ابن القاسم درج خليل فقال: «ومضى بيع حب أفرك قبل يبسه بقبضه»[6] ا هـ.

ومشهور المذهب ما درج عليه خليل قال المواق: «ابن رشد لا يجوز عند مالك وأصحابه بيع شيء من ذلك حتى ييبس ويستغني عن الماء، إلا أنه إذا بيع عندهم بعد أن أفرك وقبل أن ييبس لا يحكمون له بحكم البيع الفاسد مراعاةً لمن أجاز ذلك منهم»[7]اهـ.

ويوافق الشافعي وأحمد مالكاً فيما تقدم في شأن بيع الثمر والزرع[8].

وقال أبو حنيفة يجوز بيع الثمار مطلقاً بدا صلاحها أو لم يبد، قال في البداية والهداية: «ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع» قال: «وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها، والأول أصح، وعلى المشتري قطعها في الحال.. وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط قطع، وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع»[9]اهـ.

---

(١) المرجعان السابقان. (٢) بلوغ المرام ص ١٧٤. (٣) المنتقى ٤/ ٢٢١.
(٤) صحيح مسلم ٣/١١٦٥ـ ١١٦٦. (٥) إكمال الإكمال ٤/ ٢٠٢.
(٦) مختصر خليل ص ١٩٠. (٧) التاج والإكليل ٤/ ٥٠٢.
(٨) مغني المحتاج ٢/ ٨٨ ـ ٩٢ والمغني ٤/ ٩٢ ـ ٩٩. (٩) الهداية ٣/ ٢٥.

وبدو الصلاح في بعض حائط نخل أو رمان أو غيرهما من أشجار الثمار - كاف في جنسه ولو قل، فبدوه في نخلة واحدة كاف في غيرها من النخيل الذي يحتوي عليه الحائط، وبدُوه في شجرة رمان واحدة كاف في جنسها مما يحتوي عليه الحائط. . إلا إذا كان الذي بدا صلاحه باكورة تطيب قبل غيرها بزمن طويل، فلا يعتبر صلاحها كافياً في جنسها[1].

وبه قال الشافعي وأحمد، قال في المنهاج: «ويكفي بدو صلاح بعضه وإن قل»[2].

وقال في المغني: «ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها»[3]اهـ.

تنبيه: تقدم أن المزابنة ممنوعة، وهي بيع الثمر بالتمر. . إلخ[4] ويستثنى من ذلك بيع العرايا: جمع عرية وهي عطية ثمر النخل دون أصله، فمن وَهب ثمر نخل أو عنب كرم - ونحوهما من كل ثمر ييبس - جاز له شراؤه في الذمة ممن وُهب له - بعد خرصه - على أن يعطيه مقابله تمراً أو زبيباً من نوعه عند الجذاذ المعتاد للناس، لا على شرط تعجيله فيفسد العقد، إذا كان خرصه خمسة أوسق فأقل وإلا فلا يجوز[5]. وفسر الشافعي وأحمد بيع العرايا بأنه بيع الرطب على النخل خرصاً بمثله من التمر كيلاً[6].

وقيل: لا يجوز إلا فيما دون خمسة أوسق، وبه قال الشافعي وأحمد، إلا أن التمر المعوض به عن العرية لا بد أن يقبض عندهما في المجلس وإلا فسد البيع[7]. خلافاً لما تقدم عن مالك.

والأصل في ذلك ما أخرجه مالك واللفظ له والشيخان عن أبي هريرة

---

(١) الشرح الصغير ٣/ ٢٣٥. (٢) مغني المحتاج ٢/ ٩١. (٣) المغني ٤/ ٩٩.

(٤) انظر ص ٣٢٦ من هذا الجزء. (٥) شرح الزرقاني على خليل ٥/ ١٨٩ - ١٩٠.

(٦) مغني المحتاج ٢/ ٩٣، والمبدع ٤/ ١٤١.

(٧) الكافي ٢/ ٦٥٤ - ٦٥٥ ومغني المحتاج ٢/ ٩٣ - ٩٤ والمغني ٤/ ٦٥ - ٧١.

رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق. شك داود»[1].

أما أبو حنيفة فلا يجوز ذلك عنده، لما فيه من بيع الرطب بالتمر من غير كيل لأحدهما. قاله في المغني[2]. ومثله في شرح معاني الآثار للطحاوي وفسر العرايا بتفسير آخر. فلينظر[3].

* * *

وتوضَعُ جَائحةُ الثِّمارِ إن بلغت الثلثَ وأُفرِدَتْ إن لم يُفَرط بعد الإمكانِ، وهيَ مَا لَا يُستطاعُ دفعُه من سماويٍّ أو جيشٍ. وتوضع من العَطَشِ وَإن قَلَّ.

وإن اختَلَفَا في قدرِ المُجاحِ فالقولُ لِلمشْتَري، وفي أَصْلِها فللبائع.

* * *

الجائحة لغة: المصيبة المستأصلة، وشرعاً: ما أتلف الثمر والنبات من أمر سماوي وشبهه قال أبو داود في سننه: «باب تفسير الجائحة» وأخرج بسنده «عن عطاء قال: الجوائح كل ظاهر مفسد، من مطر أو برد أو جراد أو ريح أو حريق»[4]. وهذا ما أشار إليه المصنف بقوله: «ما لا يستطاع دفعه من سماوي أو جيش» لأن الجيش الذي لا يستطاع دفعه لا فرق بينه وبين الأمر السماوي، فما أتلف يعد جائحة.

فإذا بلغت الجائحة ثلث كيل الثمر المبيع أو قيمته فأكثر وضع عن المشتري ما يقابل ذلك.

أما ما كان أقل من الثلث فلا جائحة فيه، قال مالك في الموطإ:

---

(١) الموطأ ٢/ ٦٢٠ وإحكام الأحكام ٣/ ١٤٥. (٢) المغني ٤/ ٦٦.

(٣) شرح معاني الآثار ٤/ ٣٣ ـ ٣٤. (٤) مختصر سنن أبي داود ٥/ ١٢١.

«والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً، ولا يكون ما دون ذلك جائحة»[1]اهـ.

ومحل وضع الجائحة إذا أفردت الثمرة بالشراء عن أصلها أو اشتريت وحدها أوّلاً ثم ألحق بها أصلها في الشراء، لا العكس، بأن اشتُري الأصل وحده أولاً ثم ألحقت به الثمرة أو اشتريا معاً في عقد واحـد، فلا جائحة فيهما[2]، ومحل ذلك أيضاً إذا لم يفرط المشتري في دفع الجائحة مع إمكان دفعها، فإذا أمكنه رد حريق أو جيش عن الثمرة بأي وسيلة وفرط لم توضع عنه الجائحة.

وتوضع جائحة العطش وجائحة البقول مطلقاً، قليلهما وكثيرهما. قال المواق: «من المدونة: قال ابن القاسم: أما إن هلكت الثمرة من انقطاع ماء السماء، أو انقطع عنها عين تسقيها ـ فهذا يوضع قليل ما هلك بسببه وكثيره». ثم قال المواق: «قال مالك: من اشترى شيئاً من البقول: السلق والبصل والجزر والفجل والكراث وشبه ذلك ـ فإنه يوضع عنه قليل ما أجيح منه وكثيره»[3]اهـ.

والأصل في وضع الجائحة على العموم ما أخرجه مسلم عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، لِم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[4].

وقضى بذلك عمر بن عبد العزيز وهو عمل أهل المدينة. ففي الموطإ عن مالك: «أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجائحة، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا»[5].

وتقدم عن مالك في الموطإ أن الجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً، ولا يكون ما دون ذلك جائحة. قال الزرقاني: «لدخول المشتري على رمي الهواء وأكل الطير ونحو ذلك، واليسير ما دون الثلث»[6].

---

(١) الموطأ ٢/٦٢١.

(٢) الشرح الصغير ٣/٢٤٢.

(٣) التاج والإكليل ٤/٥٠٧ ـ ٥٠٨.

(٤) صحيح مسلم ٣/١١٩٠.

(٥) الموطأ ٢/٦٢١.

(٦) شرح الزرقاني على الموطإ ٣/٢٦٤.

ويؤيد ذلك ما أخرجه أبو داود في سننه: «عن يحيى بن سعيد أنه قال: لا جائحة فيما أصيب دون ثلث رأس المال. قال يحيى: وذلك في سنّة المسلمين»[1].

وبه قال أحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى أن الجائحة توضع مطلقاً لا فرق فيها بين القليل والكثير، لحديث جابر المتقدم: «لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة..» إلخ، إلا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط. قاله في المغنى[2].

وهذا يتفق مع ما تقدم عن مالك في جائحة العطش وجائحة البقول.

وقال الشافعي وأبو حنيفة: كل ما أتلفته الجائحة فهو من المشتري قليلاً كان أو كثيراً، لا يرجع بشيء من ذلك على البائع[3].

واستدلا بحديث أبي سعيد الخدري قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه». فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك» أخرجه مسلم[4].

قال الحافظ نقلاً عن الطحاوي: «فلما لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار ـ وفيهم باعتها ـ ولم يؤخذ الثمن منهم دل على أن الأمر بوضع الجوائح ليس على عمومه والله أعلم»[5].

وقوله: «وإن اختلفا في قدر المجاح..» إلخ يعني أن البائع والمشتري إذا اختلفا في قدر ما أصابته الجائحة هل هو الثلث أو أقل أو أكثر؟ فالقول للمشتري وعلى البائع البينة. أما إذا اختلفا في حصول الجائحة أصلاً فإن القول للبائع وعلى المشتري البينة، لأنه مدع.

وسيأتي الدليل على ذلك في الفصل التالي، أي فصل اختلاف المتبايعين إن شاء الله.

* * *

---

(١) مختصر سنن أبي داود ٥/١٢١.

(٢) المغني ٤/١١٨ ـ ١١٩.

(٣) فتح الباري ٤/٣٣٣ وعمدة القاري للعيني ١٢/٧.

(٤) صحيح مسلم ٣/١١٩١.

(٥) فتح الباري ٤/٣٣٣.

فَصْلٌ في اختلاف المتبايعين



إنِ اخْتلفا في جنسِ الثّمنِ أو المثمنِ أو النّوعِ كقولِ أحدِهما: العقدُ على حيوانٍ أو بدراهم، ويقول الآخر بل على عرضٍ أو دنانيرَ - حلفا وفُسخ البيعُ، ورُد قيمة المقبُوضِ إن فات، وإنِ اختلفَا في قدرِه أو قدر الأجلِ أو الرهنِ أو الحميلِ فكما مَرَّ في القيامِ، وفي الفواتِ القولُ للمشترِي وفي انتهاءِ الأَجل: القولُ لمنكرِه إن أشبه، وفي أصلِه لمن وافَقَ العرف، وإلاَّ تحَالفا وفُسخ، وفي الفواتِ يُصدَّقُ المشترِي بيَمينِه.

* * *

إن اختلف البائع والمشتري في جنس الثمن أو المثمن أو نوعهما، بأن قال البائع: بعت لك السلعة بدراهم وقال المشتري بل بثوب، أو قال: بعتك هذا الخروف بخمسمائة درهم وقال المشتري: بل بعتني حماراً أو قال: بعته لك بوسق.قمح وقال المشتري بل بوسق شعير، أو بعته لك بجمل أو بدراهم، وقال المشتري: بل بعته لي بثياب أو دنانير، إذا اختلفا في شيء من ذلك كله حلف كل منهما على دعواه ونفي دعوى صاحبه وفُسِخ البيع بحكم من قاض أو تراض منهما. ونكولهما كحلفهما، ويقضي للحالف على

الناكل، ويُبدىء بيمين البائع على الأرجح[1].

وإذا فسخ البيع ردت السلعة لبائعها إن كانت قائمة، فإن فاتت بحوالة سوق أو غيرها رد المشتري قيمتها.

وإن اختلف المتبايعان في قدر الثمن أو المثمن، بأن قال البائع: بعت بمائة وقال المشتري بل بثمانين، أو قال المشتري للبائع: بعتني ثوبين فقال البائع بل ثوباً واحداً، أو اختلفا في قدر الأجل، بأن قال البائع: شهر واحد وقال المشتري شهران، أو اختلفا في الرهن أو الحميل، بأن قال البائع بعتك برهن وقال المشتري: بل بغير رهن أو قال أحدهما: بعتُ بحميل وقال الآخر بل بغير ضامن.

ففي هذه المسائل الخمس إن كانت السلعة قائمة فالحكم كما سبق. يحلفان ويُفسخ البيع بحكم من قاض أو تراض منهما.

وأما إن فاتت السلعة فإن القول قول المشتري بيمين إن ادعى الأشبه، سواء انفرد به أو شاركه فيه البائع[2].

وإن اختلفا في انتهاء الأجل بعد اتفاقهما على أصله بأن قال أحدهما في أول شهر رمضان الحالي وقال الآخر بل في آخره، فالقول لمنكر انتهاء الأجل بيمين إن أشبه قوله في عادة الناس في الأجل، سواء أشبه الآخر أم لا، وإن لم يشبه أحدهما حلفا وفسخ البيع وردت السلعة إن كانت قائمة فإن فاتت ردت قيمتها كما تقدم.

وإن اختلفا في أصل الأجل بأن ادعاه المشتري، ونفاه البائع ـ فالقول لمن صدق دعواه العرف.

فهناك من السلع ما من شأنه حلول الثمن كاللحم والبقول والفواكه،

---

(١) الشرح الصغير ٣/٢٤٨ ـ ٢٥٢.

(٢) المرجع السابق.

فمن ادعى الحلول فيها صدقه العرف.

وهناك ما من شأنه التأجيل كالعقار، فمن ادعى التأجيل فيه صدقه العرف.

أما إذا لم يوافق العرف دعوى أحدهما فإنهما يحلفان ويفسخ البيع إذا كانت السلعة قائمة، فإن فاتت صدق المشتري بيمين[1].

* * *

وإن اخْتَلفا في قبضِ الثَّمنِ أو المُثْمنِ فالأصلُ بَقَاؤُهما إلا لِعُرفٍ كَطُول الزَّمَنِ، وفي البتِّ فلمدَّعيهِ كمُدعي وَجـهِ الصِّحَّة إن لم يغلب الفسادُ.

والمسلم إليه كالمشْتَري إلا في قدرِ المسلَم فيهِ فالوَسَطُ، والقول لمدَّعي مَوضِع العقدِ.

* * *

يعني أن المتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن بأن قال المشتري للبائع: دفعت لك الثمن وقبضته وأنكر البائع، أو اختلفا في قبض المثمن، بأن قال البائع للمشتري سلمتك السلعة وقبضتها وأنكر المشتري - فالأصل بقاؤهما أي بقاء الثمن بيد المشتري، وبقاء المثمن بيد البائع.

فيصدق من ادعى عدم القبض منهما إلا إذا شهد لأحدهما عرف فيُرجَع إليه كالجزار والبزار، فإنهما - غالباً - لا يسلمان المبيع إلا بعد قبض الثمن، كما أن المشتري منهما لا يدفع الثمن إلا بعد قبض اللحم أو الأبزار. .

(١) الشرح الصغير ٣/٢٥٢ - ٢٥٣.

وكذلك طول الزمن يعتبر من العرف الذي يعمل بمقتضاه فإذا مضى زمن يقضي العرف بأن المشتري لا يصبر لمثله في أخذ السلعة، وأن البائع لا يصبر لمثله في قبض الثمن فالقول لمدعي القبض.

وقوله: «وفي البت فلمدعيه. .» إلخ يعني أن المتبايعين إذا اختلفا في عقد البيع هل هو بت أو خيار، فالقول لمدعي البتّ على المشهور قال ابن بشير: «إن ادعى أحدهما الخيار والآخر البت، فالمشهور أن القول قول مدعي البت، لأن الآخر مقر بالبيع مدعٍ لما يرفعه». نقله المواق[1].

وإن اختلفا في صحة البيع وفساده فالقول لمدعي الصحة لا لمدعي الفساد، هذا إذا لم يغلب الفساد على نوع البيع وإلا فالقول لمدعي الفساد، قال عق: «فإن غلب الفساد كدعوى أحدهما صحة الصرف والمغارسة والآخر فسادهما، فالقول لمدعيه لأنه الغالب فيهما»[2]اهـ.

وقوله: «والمسلم إليه كالمشتري. .» إلخ يعني أن المسلم إليه كالمشتري إن فات رأس المال بيده، وفواته - إن كان عيناً - بالزمن الطويل بحيث يظن فيه التصرف برأس المال والانتفاع به، وفواته إن كان غير عين بتغير سوق أو ذات بيده أي بعد قبضه. ففوات المبيع عنده بأحد الأمرين يجعله كالمشتري في بيع النقد فيقبل قوله إن أشبه، سواء أشبه غيره أم لا، فإن لم يشبه وانفرد المسلم بالشبه فالقول له. وإن لم يشبه واحد منهما حلفا وفسخ عقد السلم.

إلا إذا كان اختلافهما في قدر المسلم فيه فيقضي بينهما بسلَم وسط من سلومات الناس لتلك السلعة في البلد والزمن.

وإن اختلفا في الموضع الذي يقبض فيه المسلم فيه فالقول لمدعي موضع العقد بيمين، وإلا فيصدق البائع بيمين إن أشبه حيث لم يدع أحدهما موضع العقد بل ادعى كل منهما غيره. وإن لم يشبه واحد منهما حلفا وفسخ

(١) التاج والإكليل ٤/٥١٣.

(٢) شرح الزرقاني على خليل ٥/٢٠٢.

عقد السلم ورد رأس المال للمسلم إن كان باقياً، وإلا فيرد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان مقوماً.

ففي المدونة: «إن ادعى الذي له السلم أنه اشترط الوفاء بالفسطاط وقال الآخر بالإسكندرية، فالقول قول من ادعى موضع التبايع مع يمينه فإن لم يدعياه فالقول قول البائع، لأن المواضع كالآجال، وإن تباعدت المواضع حتى لا يشبه قول واحد منهما تحالفا وترادا». نقله المواق[1].

والأصل في هذا الباب حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يتنازعان» وفي رواية: «أو يترادان» أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم وصححه[2] وأخرج مالك نحوه بلاغاً[3].

وبه قال الشافعي وأحمد، أي أنهما اتفقا مع مالك في أكثر ما قال به.
قال الخطابي: «وسواء عند الشافعي كان اختلافهما في الثمن أو في الأجل أو في خيار الشرط أو في الرهن أو في الضمين فإنهما يتحالفان قولاً بعموم الخبر وظاهره، إذ ليس فيه ذكر حال من الاختلاف دون حال. وعند أصحاب الرأي: لا يتحالفان إلا عند الاختلاف في الثمن»[4] اهـ. ومثله في مغني المحتاج وقال: «ويبدأ البائع باليمين لأن جانبه أقوى لأن المبيع يعود إليه بعد الفسخ»[5].

ونحوه في المغني. وقال: إن أبا حنيفة قال يبدأ بيمين المشتري، لأنه منكر واليمين في جانبه أقوى[6].

* * *

---

(١) التاج والإكليل ٤/٥١٣.
(٢) الفتح الرباني ١٥/٦٦ ومختصر سنن أبي داود ٥/١٦٢ وسنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ والمستدرك ٢/٤٥.
(٣) الموطأ ٢/٦٧١.
(٤) معالم السنن مع مختصر سنن أبي داود ٥/١٦٥.
(٥) مغني المحتاج ٢/٩٦.
(٦) المغني ٤/٢١٢.



فصل في السّلم



السلَمُ: بيعُ موصوفٍ مؤجَّلٍ في الذِّمة بغير جنسِه إلى أجَلٍ أقلُّه خمسةَ عشرَ يوماً إن كان ببلدِ العقدِ، ويجوزُ بأقلَّ إن كان المسلَمُ فيه في غيرها إن بلغت المسافةُ يومين فأكثر وخرجا فوراً، وشرْطُ القبضُ بمجرد الوصول.

ويُشترطُ في رَأْس المال تعجيلُه، وجاز التأخير إلى ثلاثةِ أيام ولو بشرط لا أكثر ولو بلا شرطٍ في العينِ.

* * *

السَّلَم بفتحتين كالسلف وزناً ومعنى، وذكر الماوردي أن السلف لغة أهل العراق والسلم لغة أهل الحجاز، وقيل: السلف تقديم رأس المال والسلم تسليمه في المجلس. قاله في الفتح[١].

أما تعريفه شرعاً فكما ذكر المصنف رحمه الله: بيع موصوف من عرض أو حيوان أو غيرهما مؤجل في الذمة بغير جنسه.. إلخ، وعرفه في الشرح الكبير بقوله: «بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل»[٢].

(١) فتح الباري ٤/٣٥٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/١٩٥.

وعرفه بعضهم بقوله:

«تعميـر ذمَّـةٍ بعـرضٍ قَـدْ سَلَمْ   وعكْسُـه يُـدعَى بِبَيـعٍ يَـا فَهِم»

وللسلم سبعة شروط لا يصح إلا بها وهي:

١ ـ أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً متعلقاً بذمة المسلم إليه، لا معيناً، لأن المعين إن كان عنده لزم بيع معين يتأخر قبضه، وإن كان عند غيره لزم بيع معين ليس عنده، وكلاهما محرم[1]. وبه قال الثلاثة[2].

٢ ـ أن يكون مؤجلاً بأجل معلوم لا يقل عن خمسة عشر يوماً لأنها مظنة اختلاف الأسواق غالباً، واختلافها مظنة حصول المسلم فيه، وهذا إن كان قبض المسلم فيه ببلد العقد.

ويجوز بأقل من خمسة عشر يوماً إذا شُرِط أن يُقبض المسلم فيه ببلد غير بلد العقد، وشرط خروج المتبايعين إلى بلد القبض وخرجا إليه ـ فعلاً ـ بأنفسهما أو وكيليهما من حين العقد وقُطعت المسافة في يومين لا أقل. فلو سافرا في وسيلة نقل سريعة وقطعت المسافة في أقل من يومين لم يصح ذلك لما فيه من السلم الحال وهو ممنوع. ولا بد من تسليم رأس المال عند العقد[3].

وبه قال أبو حنيفة وأحمد أي أن من شروط السلم أن يكون مؤجلاً[4] أما الشافعي فيجوز عنده السلم الحال. قال في المنهاج: «ويصح السلم حالاً ومؤجلاً»[5].

ويجوز عندنا الأجل بالحصاد والجذاذ ونحوهما كالعطاء، واعتبر في ذلك ميقات المعظم لا أوله ولا آخره[6]. وسيأتي دليلنا على ذلك. وقال

---

(١) منح الجليل ٥/٣٧٠ طبعة دار الفكر ١٤٠٤.

(٢) اللباب ١/٢٧١ ومغني المحتاج ٢/١٠٤ والروض المربع ٢/٢٠٩.

(٣) الشرح الصغير ٣/٢٧٤ ـ ٢٧٥ وحاشية الصاوي عليه.

(٤) اللباب ١/٢٧١ والمغني ٤/٣٢١.

(٥) مغني المحتاج ٢/١٠٥.

(٦) الشرح الصغير ٣/٢٧٣.

الثلاثة: لا يجوز أن يكون ذلك أجلاً، لأنه غير معلوم[1].

٣ - تعجيل رأس المال كله، فلا يصح الدخول على تأجيله ويجوز تأخيره ثلاثة أيام بعد العقد ولو بشرط على المشهور، وقال سحنون: لا يجوز تأخيره ثلاثة أيام بشرط واختاره ابن عبد البر.

أما تأخيره أكثر من ثلاثة أيام فيفسد العقد ولو بلا شرط إن كان عيناً.

أما غير العين فإن كان مما لا يغاب عليه كحيوان فيجوز تأخيره بلا شرط ولو لأجل السلم على الراجح، وإن كان مما يغاب عليه من مثلي كطعام، أو عرض كثياب لا تعرف بعينها فإن تأخيره مكروه، إلا إذا كيل الطعام لربه، وأُحضر العرض محل العقد فيجوز بلا كراهة على المعتمد[2].

وقال الثلاثة: لا بد من قبض رأس المال كله - مهما كان نوعه - في مجلس العقد، وإلا بطل السلم[3].

والأصل في جواز السلَمَ: الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقال تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مُسمى فاكتبوه﴾[4].

قال ابن عطية: «قال ابن عباس: نزلت هذه الآية في السلم خاصة»[5].

أما السنة ففي الصحيحين: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يُسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال:

---

(١) المغني ٤/٣٢٢ ورحمة الأمة ص ١٨٧.

(٢) منح الجليل ٥/٣٣٦. طبعة دار الفكر ١٤٠٤.

(٣) اللباب ١/٢٧٣ ومغني المحتاج ٢/١٠٢ والمغني ٤/٣٢٨.

(٤) البقرة: ٢٨٢.

(٥) المحرر الوجيز ٢/٣٥٩.

«من أسلم في شيء فليُسلف في كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»[1].

قال ابن دقيق العيد: «فيه دليل على جواز السلم في الجملة وهو متفق عليه، لا خلاف فيه بين الأمة، وفيه دليل على جواز السلم إلى السنة والسنتين. واستدل به على جواز السلم فيما ينقطع في أثناء المدة إذا كان موجوداً عند المحل، أي وقته، فإنه إذا أسلم في الثمرة السنة والسنتين فلا محالة تنقطع في أثناء المدة». قال: «وأما قوله عليه السلام: «إلى أجل معلوم» فقد استدل به على منع السلم الحال»[2].

وأما الإجماع فقال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز». قاله في المغني[3].

أما جواز السلم بأجل الحصاد والجذاذ ونحوهما فالأصل فيه ما أخرجه النسائي والترمذي وصححه: «عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كان على رسول الله ﷺ ثوبان قطريان غليظان، فكان إذا قعد فعرق ثقلا عليه فقدم بزٌّ من الشام لفلان: اليهودي فقلت: لو بعثت إليه فاشتريت منه ثوبين إلى الميسرة، فأرسل إليه فقال: قد علمتُ ما يريد، إنما يريد أن يذهب بمالي، أو بدراهمي. فقال رسول الله ﷺ: «كذب، قد علم أنني من أتقاهم لله وأدّاهم للأمانة»[4].

وأخرج نحوه الحاكم والبيهقي وفي روايتهما أن النبي ﷺ بعث إلى اليهودي فامتنع، قال الحافظ ورجاله ثقات[5].

قال ابن العربي: «قول عائشة رضي الله عنها: «إلى الميسرة» لم ترد به

---

(١) إحكام الإحكام ٣/١٥٥ - ١٥٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المغني ٤/٣٠٤.

(٤) سنن النسائي ٧/٢٩٤ وسنن الترمذي ٢/٣٤٣.

(٥) بلوغ المرام ص ١٧٥.

إلى أن تستغني بما يؤتيك الله، لأنه أجل مجهول ولا يجوز بإجماع من الأمة ـ وإنما تعني إلى وقت رجاء الميسرة، وذلك في وقت الجذاذ والحصاد، والبيع إليه جائز عندنا»[1]. وتقدم حديث العالية أن أم محبة باعت جارية لزيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء[2].

* * *

وَيُشتَرَطُ في المسلَم فيه وصفُه بما يضبطه من نَوعٍ وقدرٍ وجودةٍ ورداءةٍ، وغير ذلك مما تختلفُ بِـه الأغراض عادةً.

وأن لا يكون من جنس رأسِ المال، إلا إذا اخْتلفت المنفعةُ كفاره الحُمُرِ في الأعرابي، وكجذعٍ غليظٍ طويلٍ في غيرِه.

وأن يُوجَد عند حلوله. ولا يلزَم قبوله ولاَ دفعُه قبل محلِّه.

* * *

هذه بقية شروط السلم وتقدمت منها ثلاثة حسب ترتيب المصنف رحمه الله.

٤ ـ أن يضبط المسلم فيه بما اعتاد أهل البلد ضبطه به من كيل ـ فيما يكال ـ كحب وتمر، أو وزن فيما يوزن كلحم وزيت أو عد فيما يعد كبيض ورمان وحيوان. أو ذرع فيما يذرع كأرض ولباس: «قماش». والمعتبر في ذلك كله أن يكون المسلم فيه موصوفاً وصفاً يضبط به، حسب عادة أهل البلد زماناً ومكاناً.

فإن ضبط بشيء مجهول من كيل أو وزن وغيرهما فسد السلم كملء

(١) عارضة الأحوذي ٣/٢١٧.

(٢) انظر ص ٣٦٦ ـ ٣٦٧ من هذا الجزء: (تبيين المسالك).

هذا الظرف زرعاً أو تمراً، أو وزن هذا الحجر لحماً أو زيتاً[1].

وبه قال الثلاثة إلا أن أبا حنيفة لا يجوز عنده السلم في اللحم ولا في الحيوان بجميع أجناسه بما في ذلك الطير[2].

٥ ـ أن تبين الصفات التي تختلف بها القيمة أو الأغراض في المسلم فيه عادة من نوع كقمح وشعير، وضأن ومعز وبقر وجاموس وقطن وكتان.

وتبين مع ذلك الجودة والرداءة والتوسط بينهما.

وإذا كان المسلم فيه حيواناً تبين فيه السن والذكورة والسمن والهزال.

وإذا كان لحماً يزاد ـ على ما تقدم ـ كونه خصياً أو فحلاً. وراعياً أو معلوفاً. وإذا كان سمكاً يعين المكان الذي يؤخذ منه من بحر أو نهر أو غدير. وإذا كان المسلم فيه تمراً يعين بلد النخيل ونوعه.

وإذا كان قمحاً تبين جدته أو قدمه، وما إذا كان سمراء أو محمولة. .

وهكذا فإن كل نوع يسلم فيه لا بد أن تبين له كل صفة تختلف بها الأغراض، حتى لا يتناول السلم بيع الغرر المنهي عنه.

٦ ـ أن لا يكون المسلم فيه من جنس رأس المال، لأنه إن كان من جنسه ومتساوياً معه كان سلفاً، وسيأتي حكمه. وإن كان أكثر كان سلفاً بزيادة، وإن كان أقل يكون ضماناً بجعل وكلاهما محرم.

إلا أن تختلف المنفعة في أفراد الجنس الواحد فيصير بذلك كالجنسين كفاره الحمر في الأعرابي. والحمرُ جمع حمار. فيجوز سلم حمار سريع السير في حمارين أو أكثر من حمر البدو الضعيفة السير. وكفرس سابق في متعدد من حواشي الخيل البطيئة السير، وكجذع طويل غليظ في جذعين أو جذوع قصار رقاق، وكسيف حاد شديد القطع في سيفين دونه، وكسَلَم

---

(١) منح الجليل ٣/٢١ ـ ٢٢.

(٢) اللباب ١/٢٧٠ ـ ٢٧١ ومغني المحتاج ٢/١٠٦ ـ ١١١ والمغني ٤/٣٠٥ ـ ٣١٨.

حيوانين صغيرين في حيوان كبير من نوعهما وكذلك العكس، فيجوز ذلك لاختلاف المنفعة. إلا إذا بعد الأجل بحيث يكبر الصغير، فيمنع ذلك لما فيه من المزابنة أي الخطر[1].

كما يشترط أن لا يكون رأس المال والمسلم فيه طعامين ولو غير ربويين وأن لا يكونا نقدين كذهب في فضة أو فضة في ذهب لما في ذلك من ربا النساء إذا اختلف النوعان، ولما فيه من ربا الفضل والنساء معاً إذا كان ذهباً بذهب أو فضة بفضة ومثل ذلك ما يقوم مقام النقدين من العملات المتداولة اليوم على القول بربويتها[2].

٧ ـ أن يكون المسلم فيه موجوداً غالباً عند حلوله، ولا يضر أن يكون معدوماً قبل حلول الأجل، فمن أسلم في الزرع أو التمر لإبّان الحصاد أو الجذاذ فإن انعدامهما قبل الإبّان لا عبرة به، وهو ما يفيده حديث الصحيحين المتقدم كما صرح به ابن دقيق العيد.

وبه قال الشافعي وأحمد. وقال أبو حنيفة: لا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين الحلول[3].

وقوله: «ولا يلزم قبوله ولا دفعه قبل محله».

يعني أن المسلِمّ لا يلزمه قبول المسلم فيه إذا دفعه له المسلَم إليه بغير المحل الذي شرط فيه التسليم أو بغير محل العقد إذا لم يذكر في العقد محل التسليم، لا يلزمه ذلك ولو خف حمل المسلم فيه كجوهر ونحوه.

كما أن المسلم إليه لا يلزمه دفع المسلم فيه بغير محل التسليم إلا أن يرضيا بذلك فيجوز إن حل الأجل.

ومحل عدم لزوم القبول في المسألتين إذا كان الدين غير عين أما العين

---

(١) منح الجليل ٣/١١ ـ ٦٦.
(٢) المرجع السابق.
(٣) فتح القدير ٥/٣٣١ ومغني المحتاج ٢/١٠٦ والمغني ٤/٣٢٦.

فإن القول فيها لمن طلب القضاء ولـو في غير محـل التسليم إذا حل الأجل[1].

تنبيه: لا يشترط تعيين محل تسليم المسلم فيه كما علم مما تقدم. وبه قال أحمد في إحدى روايتيه، وقال أبو حنيفة والشافعي: يجب تعيين محل التسليم إذا كان المسلم فيه له حمل ومؤونة وإلا فلا. وبه قال أحمد في روايته الأخرى[2].

* * *

وجازَ شراءٌ من دائِم العمل كخبّاز ـ جملةً مفرقةً على أوقاتٍ، أو كلُّ قدرٍ بكذا، والأولُ لازِمٌ، والثاني لمن شاء حلّه أن يحله.

* * *

يعني أنه يجوز شراء جملة تؤخذ مفرقة على عدد من الأيام ـ تشتري من بائع دائم العمل كخباز وجزار كأن يشتري قدراً معيناً من الخبز من خباز على أن يأخذ منه كل يوم كذا أو يشتري من جزار مثل ذلك من اللحم بالطريقة نفسها، نقد الثمن أم لا.

أو يشتري من أحدهما كل يوم قسطاً من الخبز أو اللحم بقدر معين، كأن يقول كل رطل بدرهم أو درهمين مثلاً، فيجوز ذلك في المسألتين إن شرع البائع في العمل ولو حكماً كتأخيره ثلاثة أيـام.

ومفهوم قوله: «من دائم العمل..» أنه إذا لم يكن دائم العمل أن ذلك غير جائز. وهو كذلك، لأنه إن كان دائم العمل تكون العملية بيعاً، وإن لم يكن دائم العمل تكون سلماً لا يجوز فيه إلا ما يجوز في السلم قال خليل: «والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع، وإن لم يدم فهو سلم»[3].

والأصل في جواز الشراء من دائم العمل على ما ذُكر ـ عمل أهل

(١) حاشية الصاوي ٣/٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٢) اللباب ١/٢٧٢ ومغني المحتاج ٢/١٠٤ والمغني ٤/٣٣٣.

(٣) مختصر خليل ص ١٩٥.

المدينة. ففي المدونة: «قال مالك: ولقد حدثني عبد الرحمٰن بن المجبر عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلاً بدينار نأخذ كل يوم كذا وكذا والثمن إلى العطاء فلم ير أحد ذلك ديناً بدين. ولم يروا به بأساً»[1]اهـ.

ومثله في العتبية، وعقب عليه ابن رشد فقال: «قوله: «كنا» إلخ يدل على أنه معلوم عندهم مشهور، ولاشتهار ذلك من فعلهم سميت بيعة أهل المدينة، وهذا أجازه مالك وأصحابه اتباعاً لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين: أن يشرع في أخذ ما أسلم فيه، وأن يكون أصله عند المسلم إليه» قال: «وليس ذلك محض سلم.. ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في أوله». نقله الحطاب[2].

قلت: وهذه المسألة كثيرة الوقوع في زماننا، والحاجة إليها ملحة للموظفين والعمال والمؤسسات التعليمية وغيرها.

ويدل عمل أهل المدينة فيها على جواز البيع على العطاء أي السلم إليه بالإضافة إلى ما تقدم من حديث عائشة رضي الله عنها.

وقوله: «والأول لازم» الخ يعني أن النوع الأول من الشراء من دائم العمل لازم، وهو شراء جملة مفرقة على أوقات، فيلزم كلا من البائع والمشتري ولا يفسخ.

أما النوع الثاني من الشراء وهو شراء كل يوم قسطاً معيناً بثمن معين، بأن قال كل يوم أشتري منك كذا بكذا فهذا العقد لا يلزم إلا فيما قبض، وعلى ذلك فإن لكل من المتبايعين فسخه في أي وقت شاء[3].

* * *

(١) المدونة ٣/٢٩٠.

(٢) مواهب الجليل ٤/٥٣٨.

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٢٨٧.



فَصُل في القَرض



القَرضُ: إعطاءُ متمولٍ في مماثِله في الذِّمةِ لنفع المعطَى فقط. وهو مندوبٌ، وما جاز أن يُسلم فيه جاز أن يُقرَضَ، إلا جارية تحل للمُقترض فتُرد. فإن فاتتْ ولو بغيبةٍ يُظَنُّ الوطءُ فيها أو تغيُّرِ ذاتٍ فالقيمةُ ويلزم بالعقد وإن لم يقبض.

* * *

القرض لغة: القطع، ومنه الفأرة تقرض الثوب أي تقطعه، ويأتي أيضـاً بمعنى المجاوزة والترك، ومنهُ قوله تعالى: ﴿وإذا غربت تقرضُهم ذات الشمال﴾[1] أي تجاوزهم وتقطعهم وتتركهم عن شمالها[2] وقد يأتي بمعنى ما قدم الإنسان من خير وشر، ومنه قول أمية بن أبي الصلت:

«كل امرىء سوف يُجزى قرضه حسَنا أو سَيِّئاً ومديناً مثـل مـا دان»[3]

وشرعاً كما ذكر المصنف رحمه الله: إعطاء شيء متمول في نظير عوض مماثل له صفة وقدراً، في ذمة المعطَى له.

(١) الكهف: ١٧.
(٢) الصحاح ١١٠١/٣ ـ ١١٠٢ وتفسير النسفي ٥/٣.
(٣) المرجع السابق.

والمتمول يشمل المثلي والعـروض والنقود والحيوان، فكلها يجـوز سلفها.

ولا بد أن يكون القرض لنفع المعطَى له أي لنفع المقترض فقط فإن كان لنفع المقرض وحده مُنع، وكذلك إذا كان لنفعهما معاً فيمنع على المشهور.

والقرض بمعنى السلف، وحكمه الندب قال تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[1] وقد وعد الله عليه بعظيم الأجر فقال عز وجل: ﴿إِن تُقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً يُضَاعِفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ وَاللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ﴾[2].

وأخرج ابن ماجه في سننه عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «رأيت ليلة أُسري بي مكتوباً على باب الجنة: الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر، فقلت: يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمقترض لا يسأل إلا من حاجة»[3].

وروى الطبراني نحوه عن أبي أمامة أن النبي ﷺ قال: «دخل رجل الجنة فرأى على بابها مكتوباً: الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر» قاله في مجمع الزوايد. قال: «وفيه عتبة بن حميد، وثقه ابن حبان وغيره، وفيه ضعف»[4].

وقيل إن الصدقة أفضل والقرض نصفها في الأجر لحديث ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «إن السلف يجري مجرى شطر الصدقة». أخرجه أحمد واللفظ له وابن حبان في صحيحه[5]. ومحل ندب القرض إذا لم يكن

---

(١) الحج: ٧٧.

(٢) التغابن: ١٧.

(٣) سنن ابن ماجه ٨١٢/٢.

(٤) مجمع الزوائد ١٢٦/٤.

(٥) الفتح الرباني ٨٣/١٥ ـ ٨٤ وموارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان ص ٢٨١.

لتخليص مستهلك وإلا وجب، كما أنه يحرم إذا علم أن المقترض يصرفه في حرام، ويكره إذا كان يصرفه في مكروه، قال العلامة الشيخ محمذ فال بن أحمد فال التندغي:

«القرضُ مندوبٌ وبعضُه وَجبْ كقَرضِ مُحتاجٍ له بعضُ طَلبْ
مكروهُه أو الحرامُ منه مَا يُصْرَفُ في مكْرُوه أَوْ مَا حرُمَا»

هذا بالإضافة إلى ما سيأتي مَن الصيغ التي تؤدي إلى منعه كسلف جر نفعاً.

وقوله: «وما جاز أن يسلم فيه جاز أن يقرض..» إلخ يعْني أن كل متمول يجوز السلم فيه - يجوز أن يُتَسلف، وتقدم بيان ما يجوز أن يسلم فيه، ويستثنى من ذلك جارية: (أمة) يجوز للمقترض وطؤها بأن كانت غير محرم له وغير متزوجة - فلا يجوز قرضها سداً للذريعة.

والأصل في ذلك عمل أهل المدينة وغيره ففي الموطإ: «قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيئاً من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فإنه لا بأس بذلك وعليه أن يرد مثله إلا ما كان من الولائد فإنه يخاف في ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل فلا يصلح، وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بدا له ثم يردها إلى صاحبها بعينها، فذلك لا يصلح ولا يحل. ولم يزل أهل العلم ينهون عنه، ولا يرخصون فيه لأحد»[1].

أما إذا كانت الجارية لا تحل للمقترض فيجوز قرضها، قال ابن الحاجب وغيره: «ويلحق بذلك الصغير يقرض له وليه، والجارية الصغيرة التي لا تشتهي، يحل أن تستقرض، ويجوز للنساء أن يستقرضن الجواري». نقله الحطاب[2].

(١) الموطأ ٢/٦٨٢ - ٦٨٣.
(٢) مواهب الجليل ٤/٥٤٦.

وبه قال الشافعي، قال في المنهاج: «ويجوز إقراض ما يسلم فيه، إلا الجارية التي تحل للمقترض في الأظهر»[1].

غير أن الجارية لا تفوت عند الشافعي بالوطء بل ترد للمقرض ويرد معها مهرها[2].

وقال أحمد: يجوز قرض كلِّ ما يصح بيعه إلا بني آدم[3].

أما أبو حنيفة فتقدم أن السلم لا يجوز عنده في الحيوان، لتعذر المماثلة فيه، وكذلك لا يجوز عنده قرضه ناطقاً كان أو بهيمياً[4]. ويرد عليه في قرض الحيوان غير الآدمي - حديث أبي رافع المتقدم: أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً فأعطاه جملاً خياراً رباعياً، وقال: «فإن خيار الناس أحسنهم قضاء».

وتقدم تخريجه بنصه عن الموطإ وصحيح مسلم[5] عند قول المصنف في باب أحكام الربا: «ويجوز بأفضل صفة إن كان من قرض».

وقوله: «ويلزم بالعقد..» إلخ يعني أن القرض يملكه المقترض بمجرد العقد، ولو لم يقبضه، مثله مثل كل معروف كالهبة والصدقة، إلا أن القرض يمضي ولو حصل مانع للمقرض بخلاف الهبة والصدقة، فتبطلان بموت الواهب والمتصدق وفلسهما قبل القبض كما سيأتي في باب الهبة إن شاء الله.

* * *

---

(١) مغني المحتاج ٢/١١٨.

(٢) المرجع السابق والتمهيد ٤/٦٦.

(٣) الروض المربع ٢/١٩٠.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢٠٩ والتمهيد ٤/٦٦.

(٥) الموطأ ٢/٦٨٠ وصحيح مسلم ٣/١٢٢٤.

وحرُم هديةٌ لمقرضٍ، كربِّ القراضِ وعامِله والقاضِي إلا أن يتقدَّم مِثلُها. ولا يلزم ردُّهُ قبل الأجلِ إن أُجِّل، ولا أخذه بغير محلِّه، إلَّا العينَ.

* * *

يعني أنه يحرم الإهداء من مقترض لمقرض، لما فيه من سلف جر نفعاً. كما يحرم على رب القراض أن يهدي لعامله، وكذلك العكس، فيحرم على كل منهما أن يهدي للآخر ولو بعد شروع العامل في العمل.

وتحرم الهدية للقاضي ويحرم عليه قبولها. وكذلك ذو الجاه يحرم عليه قبول هدية في أمر لا يكلفه نفقة ولا تعب سفر، وإلا فله أجر ما يقابل عمله.

وقوله: «إلا أن يتقدم مثلها ـ راجع للجميع، فإذا كانت الهدية للمقرض ورب القراض وعامله والقاضي وذي الجاه ـ عوضاً عن هدية سابقة فلا تمنع. وكذلك إذا كان المُهدَى له قد تعود هذه الهدية قبل القرض والقراض وممارسة القضاء فلا تمنع، وكذلك وقوعها لحدوث موجب يقتضي ذلك، كزواج ومصيبة ونحو ذلك[1].

والأصل في ذلك ما في صحيح البخاري عن أبي بردة بن أبي موسى قال: «قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام فقال لي: إنك بأرض فيها الربا فاش، فإذا كان لك على رجل حق فأهدى إليك حِمْل تبن أو حمل شعير أو حمل قتٍّ، فلا تأخذه فإنه ربا»[2]. وعن أنس أن النبي ﷺ قال: «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه (يعني المقترض) أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك». أخرجه ابن ماجه وفيه ضعف[3].

(١) الشرح الصغير ٣/٢٩٣ ـ ٢٩٤.
(٢) نيل الأوطار ٥/٣٤٩ ـ ٣٥٠.
(٣) المرجع السابق.

أما تحريم الهدية على القاضي والموظف وعلى المُهدي لهما فالأصل فيه حديث عبدالله بن عمرو قال: «لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي». أخرجه ابن ماجه وأبو داود وسكت عنه، كما سكت عنه المنذري[1].

قال الخطابي: «الراشي: المعطي، والمرتشي: الآخذ، وإنما تلحقهما العقوبة معاً إذا استويا في القصد والإرادة، فرشا المعطي لينال به باطلاً ويتوصل به إلى ظلم، فأما إذا أعطى ليتوصل به إلى حق أو يدفع به عن نفسه ظلماً فإنه غير داخل في هذا الوعيد. وقد روي أن ابن مسعود أُخِذ في سبي وهو بأرض الحبشة فأعطى دينارين حتى خلّي سبيله».

قال: «وكذلك الآخذ إنما يستحق الوعيد إذا كان ما يأخذه على حق يلزمه فلا يفعل ذلك حتى يُرشى، أو عمل باطل يجب عليه تركه، فلا يتركه حتى يصانع ويرشى»[2]اهـ.

وقوله: «ولا يلزم رده قبل الأجل..» إلخ. يعني أن القرض لا يلزم رده قبل الأجل إذا حدد له أجل معين، إلا بشرط عند العقد أو عادة فيعمل بهما. فإن لم يحد له أجل ولم تكن هناك عادة ـ فلا يلزم رده إلا إذا انتفع به المقترض عادة أمثاله[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: للمقرض مطالبة المقترض ببدل قرضه في أي وقت ولو قبل انتفاع المقترض به، وإن أجل القرض لم يتأجل وكان حالاً. قاله ابن قدامة[4].

ودليلنا على جواز تأجيل القرض حديث: «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك». أخرجه الحاكم عن أنس، وأشار السيوطي إلى صحته[5].

---

(١) مختصر سنن أبي داود ٥/٢٠٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٢٩٦.

(٤) المغني ٤/٣٤٩.

(٥) الجامع الصغير ٢/١٨٦.

ولا يلزم المقرض أخذُ قرضه بغير محله، فإن تراضيا على ذلك وحل الأجل جاز[1]. إلا إذا كان القرض عيناً ذهباً أو فضة، أو عملة من العملات التي قامت مقام النقدين في مختلف البلاد - فيلزم قبضه بغير محله لخفة كلفته، كما يلزم أخذه قبل حلول أجله في هذه الحالة. وهذا إذا لم يكن خوف في أخذه بغير محله وإلا فلا يلزم مطلقاً[2].

* * *

وجَازَ رد أفضلَ منه صفةً بلا شرطٍ ولا عادةٍ، وفي القدرِ بدونِها خلافٌ والمشهورُ المنعُ.

* * *

يعني أن القرض يجوز قضاؤه بأفضل منه صفة، لأنه حسن قضاء، إلا إذا اشترط ذلك في العقد، أو جرت به عادة، لأن العادة كالشرط. أما قضاؤه بأزيد منه عدداً أو وزناً بلا شرط ولا عادة فاختلف فيه ومشهور المذهب منعه.

وقد تقدم الكلام على ذلك والاستدلال بحديث أبي رافع عند مالك ومسلم[3] عند قول المصنف: «ويجوز بأفضل صفة إن كان من قرض، لا بأكثر عدداً أو وزناً».

ويؤيده ما في الموطإ: «عن مجاهد أنه قال: استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم، ثم قضاه دراهم خيراً منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمٰن: هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن عمر: قد علمت، ولكن نفسي بذلك طيبة.

قال مالك: «لا بأس بأن يقبض من أسلف شيئاً من الذهب أو الورق أو

(1) التاج والإكليل ٤/٥٤٨.
(2) المرجع السابق والشرح الصغير ٣/٢٩٦.
(3) الموطأ ٢/٦٨١ وصحيح مسلم ٣/١٢٢٤.

الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك، أفضل مما أسلفه إذا لم يكن على شرط منهما، أو عادة، فإن كان ذلك على شرط أو وأي[1] أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه»[2] ثم استدل بحديث أبي رافع الآنف الذكر[3]. والكراهة هنا للمنع.

قال الباجي: «فأما الشرط فلا خلاف في منعه، وأما العادة فقد منع من ذلك مالك أيضاً، وأما أبو حنيفة والشافعي فيكرهانه، ولا يريانه حراماً. والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن العادة معنى يتعلق به القصد فوجب أن تمنع زيادته كالشرط، ولأن المقرِض إذا أقرض لهذا الرجاء الذي اعتاده، فقد دخل عمله الفساد والتحريم، لم يقصد بما أقرضه المعروف الذي هو من مقتضى القرض»[4].

ومقابل المشهور في منع زيادة العدد والوزن بغير شرط ـ قول بالجواز وارتضاه ابن عبد البر قال في تعقيبه على حديث أبي رافع: «في حديث أبي رافع هذا ما يدل على أن المقرض إن أعطاه المقترض أفضل مما أقرضه جنساً أو كيلاً أو وزناً أن ذلك معروف وأنه يطيب له أخذه منه، لأنه أثنى فيه على من أحسن القضاء وأطلق ذلك ولم يقيده بصفة»[5].

ويؤيده حديث ابن عباس قال: «استسلف النبي ﷺ من رجل من الأنصار أربعين صاعاً فاحتاج الأنصاري فأتاه، فقال رسول الله ﷺ: «ما جاءنا شيء بعد، فقال الرجل وأراد أن يتكلم، فقال رسول الله ﷺ: «لا تقل إلا خيراً، فأنا خير من تسلف» فأعطاه أربعين فضلاً وأربعين لسلفه، فأعطاه ثمانين». أخرجه البزار[6].

---

(١) الوأي: المواعدة.

(٢) الموطأ ٢/٦٨١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المنتقى ٥/٩٧.

(٥) التمهيد ٤/٦٨.

(٦) كشف الأستار عن زوائد البزار ٢/١٠٤.

قال في مجمع الزوائد: «ورجاله رجال الصحيح خلا شيخ البزار، وهو ثقة»[1].

وبه قال أحمد قال في المغني: «فإن أقرضه مطلقاً من غير شرط فقضاه خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاهما جاز»[2]اهـ.

ولا خلاف عند جميع الأئمة في منع الزيادة المشروطة في القرض، وعلى ذلك الإجماع قال ابن المنذر: «أجمعوا على أن المسلف إذا اشترط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك ـ أن أخذ الزيادة على ذلك ربا»[3]. وقال ابن عبدالبر: «وقد أجمع المسلمون ـ نقلاً عن نبيهم ﷺ أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف، كما قال ابن مسعود أو حبة واحدة»[4].

فعلى المسلم أن يتجنب السلف من البنوك الربوية، لأن السلف منها هو محض الربا، لأنها لا تُسلف إلا بزيادة محددة ومشروطة. والأخطر من ذلك أن من لم يسدد القرض في الأجل المحدد يزاد عليه بنسبة معينة، وتضاعف الزيادة وتتكرر كلما تأخر التسديد، وهذا هو عين ربا الجاهلية الذي وصف الله قُبْحَه بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾[5].

قال القرطبي: «ومعناه الربا الذي كانت العرب تضعف فيه الدين، فكان الطالب (أي طالب الدين) يقول: أتقضي أم تربي؟» قال: «ومضاعفة» إشارة إلى التضعيف عاماً بعد عام كما كانوا يصنعون، فدلت هذه العبارة المؤكدة على شُنعة فعلهم وقبحه»[6].

(١) مجمع الزوائد ١٤١/٤.
(٢) المغني ٣٥٦/٤.
(٣) المرجع السابق والإجماع لابن المنذر ص ٩٥.
(٤) التمهيد ٦٨/٤.
(٥) آل عمران: ١٣٠.
(٦) تفسير القرطبي ٢٠٢/٤.

وقد حاول بعض الباحثين المتلاعبين بالدين من أهل عصرنا أن يستدلوا بهذه الآية على عدم حرمة الربا غير الفاحش، وذلك أمر أملته عليهم أهواؤهم، أو من جهلهم بأساليب اللغة العربية البليغة، مع أنهم تركوا الآيات والأحاديث الصريحة في تحريم قليل الربا وكثيره، ولعن آكله وموكله وكاتبه وشاهديه، وتقدم ذكرها في باب أحكام الربا.

فقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾ أراد به الله عز وجل: توبيخ الذين كانوا يفعلون ذلك والتشهير بأعمالهم السيئة، والمعنى: لقد بلغ بكم الأمر في استحلال الربا أنكم تأكلونه أضعافاً مضاعفة، فلا تفعلوا ذلك، فما أشنعه!

ونظير هذا الأسلوب قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً﴾[1] فليس المراد تحريم إكراه الفتيات على الزِّنا في حالة إرادتهن التحصن، وإباحة ذلك إذا لم يردن التحصن، بل المراد التوبيخ والتشهير بأعمالهم المنكرة.

وللعلامة الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر سابقاً بحث قيم في هذه المسألة، أورده في تفسيره[2] والله أعلم.

تنبيه: لا يجوز في القرض السفاتج: جمع سفتجة بفتح السين المهملة والمثناة الفوقية وإسكان الفاء بينهما، وبالجيم، وهي كتاب يكتبه المستقرض للمقرض إلى نائبه ببلد آخر ليعطيه ما أقرضه. وهي لفظة أعجمية. قاله النووي[3]، وقال عياض: «السفتجات: جمع سفتجة، وهي البطائق تكتب فيها الإحالات بالديون، وذلك أن يُسلف الرجل في بلد مالاً لبعض أهله، ويكتب القابض لنائبه ببلد المسلف ليدفع له عوضه هنالك مما له ببلده خوف الطريق». نقله المواق[4].

(١) النور: ٣٣.

(٢) تفسير القرآن العظيم ص ١٥٠ ـ ١٥٢.

(٣) تهذيب الأسماء واللغات ٣/١٤٩.

(٤) التاج والإكليل ٤/٥٤٧.

فمنعت السفتجة لما فيها من سلف جر منفعةً، لأن المسلِف يحفظ بها ماله من خطر الطريق، إلا إذا غلب الخوف في جميع الطرق التي يسير بها إلى بلده، بحيث يغلب بها على الظن الهلاك أو قطع الطريق فلا تحرم، بل إنها في هذه الحالة قد تجب حفظاً للنفس والمال[1].

وقال المواق: «ابن عرفة في جواز قرض العين على قضائها ببلد آخر لخوف الطريق إن كانت المنفعة في السفاتج للمعطِي بما يخاف من غرر الطريق لم يجز. قال اللخمي: يريد إذا لم يكن الهلاك وقطع الطريق غالباً، فإن كان ذلك الغالب صارت ضرورة وأجيزت صيانة للأموال»[2].

وفي الموازية: «من قال لرجل خارج إلى مصر: أسلفك مالاً لتقضينيه بمصر فلا ينبغي ذلك، وإن كان المتسلف هو السائل فذلك جائز». نقله المواق[3].

وقوله: «وإن كان المتسلف هو السائل» يقتضي أن يكون النفع فيه للمتسلف، إما وحده، وإما معه المسلف، فإن كان للمستسلف وحده فلا خلاف في الجواز، وإن كان لهما معاً فالمشهور المنع كما تقدم، وقيل بالجواز.

وفي الفقه الشافعي قال في المهذب: «ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق»[4]. قال العلامة الشيخ محمد نجيب المطيعي في تكملته للمجموع: «وهي ما يقال لها بالعامية: «كمبيالة»[5].

---

(١) شرح الزرقاني على خليل وحاشية البناني عليه ٥/٢٢٩ والشرح الكبير للدردير ٣/٢٢٦.

(٢) التاج والإكليل ٤/٥٤٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) تكملة المجموع ١٣/١٧٠ - ١٧١.

(٥) المرجع السابق.

وفي الفقه الحنبلي قال في المغني: «وإن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمله مؤونة لم يجز». قال: «وقد نص أحمد أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز، ومعناه اشتراط القضاء ببلد آخر، وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً» ثم قال: «وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد آخر ليربح خطر الطريق، والصحيح جوازه، لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما، والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها. ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة»[1]اهـ.

واستدل بأن عبد الله بن الزبير كان يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه، وسئل ابن عباس عن ذلك فلم ير به بأساً[2].

وهذا الأثر أخرجه البيهقي عن حجاج بن أرطأة عن عطاء بن أبي رباح، وزاد فيه: «فقيل له: إن أخذوا أفضل من دراهمهم قال: لا بأس: إذا أخذوا بوزن دراهمهم. وروي في ذلك أيضاً عن علي رضي الله عنه، فإن صح ذلك عنه، وعن ابن عباس رضي الله عنهما، فإنما أراد والله أعلم، إذا كان ذلك بغير شرط، والله أعلم»[3].

قلت: ومما هو بمثابة السفاتج الحوالات التي ترسل عن طريق البرق أو البريد إذا كان ذلك في عملة واحدة كأن يرسل عشرة آلاف أوقية من مدينة النعمة ـ لغريم أو أخ له في مدينة نواكشوط عن طريق البرق أو البريد ويُسَلَّم وصلاً على ذلك، أو يرسل خمسة آلاف ريال سعودي من مدينة الأحساء إلى المدينة المنورة بالطريقة نفسها.

---

(١) المغني ٤/٣٥٤ ـ ٣٥٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) السنن الكبرى ٥/٣٥٢.

أما إذا اختلفت العملات كأن يدفع عدداً من الدراهم الإماراتية لشخص في أبو ظبي له رغبة في هذه العملة ويعطيه وثيقة ليسلمه وكيله مقابل ذلك العدد من العملة الموريتانية الأوقية بمجرد وصوله إلى نواكشوط بحيث لا يتأخر القبض إلا بما يقضي المسافر في الطريق الجوي أو يكلم آخذ الدرهم في الهاتف وكيله في انواكشوط ليعطي وكيل الأخر مبلغ الأوقية على الفور. فإن هذا فيما يظهر لي يختلف عن مسألة السفتجة السابقة. فعلى أن العملات المستعملة اليوم ربوية فإن هذا يعتبر عندي بمثابة صرف مؤخر لأن اختلاف الجنسين الربويين وإن كان لا يحرم فيه ربا الفضل فإنه يحرم فيه ربا النساء، فالمناجزة في الصرف واجبة، ولا بد أن تتم قبل مفارقة الأبدان كما تقدم.

وإذا كان السفر بالنقود من بلد إلى بلد بعيد ـ فيه خطر على حاملها أو على النقود نفسها ـ فإن المسألة ينظر إليها من قبيل ما يبيحه الضرر من المحظورات. أما إذا كانت العملات غير ربوية فلا شيء في ذلك وتقدم كلام العلماء في هذه العملات وما ترجح لدينا فيها، وهو أنها ربوية، والله أعلم.



فَصْلٌ في المقَاصَّة



وهي أن يكون لك دينٌ على شخص، وله عليك مثلُه، فيُسقِطُ ما عليكَ وتُسقطُ قدرَ ذلك ممّا عليه، وهيَ جائزةٌ في العين، وكذا إذا اخْتَلَفَا من بيعٍ وقرضٍ والقرضُ أكثرُ إن اتحدا قدراً وصفةً، أو اختلف نوعاً كذهَبٍ وفضّةٍ وحلاًّ.

ويجوزُ اختِلافُهما في القدرِ إن كانا من بيعٍ وحَلاًّ.

* * *

عرف المصنف المقاصة بأنها إسقاط دين لشخص في مقابل إسقاط دين له عليه مماثل. فإذا كان عليك دين لشخص ولك عليه دين مثله جاز أن يترك كل منكما ما له مقابل ما عليه.

ولذلك عرفت أيضاً بالمتاركة قال في أقرب المسالك: هي: «متاركة مدينين بمتماثلين عليهما، كل ما له فيما عليه»(1).

والتعريفان لا فرق بينهما، كما أنهما لا يختلفان عن المفهوم اللغوي للمقاصة، قال في الصحاح: «تقاصّ القوم إذا قاصّ كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره»(2).

(1) الشرح الصغير ٣/٢٩٧.
(2) الصحاح ٣/١٠٥٢.

وقوله: «وهي جائزة في العين..» الخ المراد بالجواز الإذن، إذ قد يعرض لها الوجوب كما إذا كان الدينان متساويين وحل أجلهما، وطلبها أحد المدينين.

تشرع المقاصة في ديني العين: (الذهب والفضة) وما يقوم مقامهما من العملات التي حلت محلهما في الثمنية ـ وذلك إذا حل الدينان واتحدا في النوع والقدر والصفة، سواء كانا من بيع أم من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض حلا معاً أم لا أو حل أحدهما وأجل الآخر، اتفق أجلهما أم لا. ففي هذه الصور كلها تجوز المقاصة مطلقاً[1].

كذلك تجوز المقاصة إذا اختلف أصل الدينين، بأن كان أحدهما من بيع والآخر من قرض وكان القرض أكثر وحل أجلهما معاً واتحد نوعهما وصفتهما، لأنه قضاء بيع بزيادة وذلك جائز، أما العكس فلا يجوز لأنه قضاء قرض بزيادة مقابل بيع بدونها.

كما لا تجوز المقاصة فيهما إذا لم يحل أجلهما معاً بأن تأجلا معاً أو حل أحدهما دون الآخر.

ولعل عبارة: «إن اتحدا قدراً» كانت خطئاً من الناسخ والصواب: «إن اتحدا نوعاً» لأن قوله: «والقرض أكثر» دليل على اختلاف القدر. والله أعلم[2].

وتجوز المقاصة أيضاً إذا اختلف الدينان نوعاً، بأن كان أحدهما ذهباً والآخر ورقاً وحلا معاً، لما تقدم من جواز قضاء ذهب بورق وعكسه إن حل الأجل وعجل العوض. وتقدم الدليل على ذلك من حديث ابن عمر عند أصحاب السنن[3].

وتقدم أن العملات التي حلت محل الذهب والورق في الثمنية لها حكمهما وأن عملة البلد الواحد جنس، أما عملة أكثر من بلد فتعتبر أجناساً

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/٢٢٧ـ ٢٢٨.

(٢) المرجع السابق. (٣) مختصر سنن أبي داود ٥/٢٥ـ ٢٦.

مختلفة، فإذا كان لك دين من الدراهم الإماراتية وعليك دين من الأوقية الموريتانية فتجوز المقاصة فيهما بقيمة صرفهما إن حلا معاً، أما إذا لم يحلا معاً أو حل أحدهما دون الآخر فلا تجوز لما فيه من صرف مؤخر.

كما تجوز المقاصة إن اختلف الدينان في القدر وكانا من بيع كأن يكون أحدهما عشرين درهماً والآخر خمسة وعشرين درهماً. أو كانت زنة أحدهما عشرة غرامات من الذهب، والآخر أكثر.

أما إن لم يحلا معاً بأن كانا مؤجلين أو كان أحدهما مؤجلاً والآخر حالاً فإن المقاصة لا تجوز فيهما.

* * *

وَالطَّعامانِ من قَرضٍ كذلك، فإن كَانا من بَيعٍ وقرضٍ جَازَ إن حَلاَّ واتَّفَقَا قدراً، إلا من بَيْعٍ مُطْلقاً، وفي العرضين يجوز مطلقاً، إلا إذا اختلفا نوعاً أو صفة والقرضُ أكثر ولم يحلاَّ ولا اتفق أجلهما.

* * *

يعني أن ديني الطعام إن كانا من قرض تجوز المقاصة فيهما إن اتفقا في القدر والصفة، سواء حلّا معاً أو حل أحدهما أم لا، وإذا كانا من بيع وقرض، فإن اختلفا قدراً وصفة وحلا جازت المقاصة فيهما، وإن اختلفا في النوع أو الصفة أو القدر أو اتفقا فيها ولم يحلا لم تجز المقاصة فيهما.

أما إذا كان الطعامان من بيع فتمنع المقاصة فيهما مطلقاً لما في ذلك من بيع طعام المعاوضة قبل قبضه[1].

---

(١) الشرح الصغير ٣/٢٩٩ ـ ٣٠١.

وتقدم الكلام على ذلك بالدليل عند قول المصنف: «وكبيع طعام معاوضة قبل قبضه».

وقوله: «وفي العرضين تجوز مطلقاً..» إلخ يعني أن المقاصة تجوز مطلقاً في ديني العرض الشامل للثياب والحيوان، سواء كان العرضان معاً من بيع أو من قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، حلا أو أحدهما أم لا، وذلك إذا اتحدا في النوع والصفة أو اختلفا فيهما وحلا معاً، أو لم يحل أحدهما واتفق أجلهما. وإلا فلا تجوز بحال[1].

هـذه صور المقاصة وقد حصرها الفقهاء في مائة وثماني صور قال الشيخ البناني في حاشيته: «اعلم أن المصنف قسم الدينين إلى ثلاثة أقسام لأنهما إما أن يكونا عيناً أو طعاماً أو عرضاً. وكل منهما إما من بيع أو قرض، أو أحدهما من بيع والآخر من قرض فهذه تسع صور، وفي كل منهما إما أن يتفق الدينان في النوع والصفة والقدر، وإما أن يختلفا في النوع أو في الصفة أو في القدر.

فهذه أربع صور في تسع بست وثلاثين، تضرب في ثلاثة أحوال الأجل، إما أن يحلا معاً أو يحل أحدهما فقط، أو لا يحل واحد.

فهذه مائة صورة وثمان صور. ونظم ذلك الشيخ سيدي ميارة فقال:

«دين المقاصة لعين ينقسم ... ولطعام ولعرض قد عُلِم
وكلُّها من بيعٍ أو قرض ورَدْ ... أو من كلَيْهما فذِي تسع تُعَد
في كلِّها يحصُل الاتفاق في ... جِنسٍ وقدرٍ صفةٍ فَلْتقتفِ
أو كُلُّها مختلف فَهي إذَن ... أربعُ حالات بتسعٍ فَاضْرِبنْ
يخْرُج ستٌّ مَعْ ثلاثين تُضم ... تُضرب في أحوال آجال تُؤَم
حلاًّ معاً أو أحدٌ أولا مَعَا ... جُملتها: (حَقٌّ) كما قيل اسمعا

(١) المرجع السابق.

تكميل تقييد ابن غازي اخْتَصرا أحكامَها في جَدْوَلٍ فَلْيُنظرا»[1]

وقوله «حق» إشارة إلى عدد صورها بمائة وثمان صور، فالحاء يرمز إلى ثمانية والقاف إلى مائة.

وقد أتى الشيخ البناني بجدول ابن غازي تتميماً للفائدة، قال: «وصورة جدول ابن غازي في الصحيفة التي بعد هذه»[2]اهـ.

---

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني لخليل ٥/٢٣٠.
(٢) المرجع السابق ٥/٢٣١.



بَابٌ فِي الرَّهْنِ



الرهنُ عقدٌ على إعطاء متموَّلٍ بصيغةٍ توثُّقاً في دينٍ لازمٍ أو صائرٍ إليه. ويجوزُ فيه الغررُ كآبقٍ وثمرة لم يبدُ صلاحُها. ورهنُ جزءٍ مِن مشاعٍ، فإن كانَ البَاقي للراهنِ حاز المرتهنُ الجميعَ وإلا لم يتمَّ.

* * *

الرهن لغة: الدوام والحبس قال تعالى: ﴿كُلُّ امرىءٍ بما كَسَبَ رهينٌ﴾[1] وقال عز وجل: ﴿كلُّ نَفسٍ بما كسبتْ رَهينَةٌ﴾[2] وقال زهير:

«وفَـارقتْـك بـرهنٍ لا فكـاك لـه يوم الوداع فأمْسى الرَّهنُ قد غَلقا»

وشرعاً: إعطاء مال للتوثق به في دين لازم بالفعل من بيع أو قرض، أو دين صائر للزوم كمستعير وصائغ يؤخذ منهما رهن خشية ادِّعائهما ضياع المعار أو المصوغ، ولا بد من صيغة للرهن، صريحة بلفظه عند ابن القاسم، وقال أشهب: يكفي ما يفهم منه الرهن، ولو لم يصرح بلفظ الرهن، فلو دفع سلعة للبائع وقال: أمسكها حتى أدفع لك حقك كان ذلك رهناً عند أشهب، لا ابن القاسم[3].

(١) الطور: ٢١.

(٢) المدثر: ٣٨.

(٣) الشرح الصغير ٣/٣٠٣ ـ ٣٠٥.

والأصل في جواز الرهن الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقال تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1].

وأما السنة ففي الصحيحين: «عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعاً من حديد»[2].

ففي الآية دليل على جواز الرهن في السفر، وفي الحديث دليل على جوازه في الحضر، لأن الرسول ﷺ فعل ذلك في الحضر. وعلى ذلك الإجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الرهن في السفر والحضر جائز، وانفرد مجاهد فقال: لا يجوز في الحضر»[3].

وبه أي بجوازه في الحضر والسفر قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، بالإضافة إلى أنه هو مذهب مالك[4].

ويجوز في الرهن الغرر غير الفاحش كآبق وثمرة وزرع لم يبد صلاحهما، لجواز ترك الرهن من أصله، أما الغرر الفاحش كجنين فلا يجوز رهنه[5].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز رهن ثمرة على رؤوس النخل دون النخل، ولا زرع في الأرض دون الأرض، وقال الشافعي: كل ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه[6].

---

(١) البقرة: ٢٨٣.
(٢) إحكام الأحكام ٣/١٩٦.
(٣) الإجماع لابن المنذر ص ٩٦.
(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٦٠ وأحكام القرآن للجصاص ١/٥٢٣ وأحكام القرآن للكيا الهراسي ١/٢٦٢ والمغني ٤/٣٦٣.
(٥) الشرح الصغير ٣/٣٠٥.
(٦) اللباب ٢/٥٦ ومغني المحتاج ٤/١٢٢.

وقال أحمد: «وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع، والزرع الأخضر[1] .

وقوله: «ورهن جزء من مشاع. .» إلخ يعني أنه يجوز لمن له جزء مشاع في دار أو دابة أو سيارة ونحو ذلك أن يرهنه دون إذن الشريك.

فإن كان المشاع بين الراهن والمرتهن فلا بد أن يحوز المرتهن الجميع ليتم الحوز وإلا فلا، لأن جولان يد الراهن فيه مع المرتهن يُبطل الرهن.

وإن كان المشاع بين الراهن وغير المرتهن فيكفي حوز الجزء المرهون وحده، لأن جولان يد غير الراهن لا يضر في الحوز.

والأصل في جواز رهن المشاع: الآية المتقدمة: ﴿فرهان مقبوضة﴾ قال القرطبي: «لما قال تعالى: ﴿مقبوضة﴾ قال علماؤنا: فيه ما يقتضي بظاهره ومطلقه جواز رهن المشاع، خلافاً لأبي حنيفة وأصحابه، لا يجوز عندهم أن يرهنه ثلث دار ولا نصفاً من عبد ولا سيف»[2].

وما عزا لأبي حنيفة وأصحابه ذكره القدُوري وغيره، قال في الكتاب واللباب: «ولا يجوز رهن المشاع، سواء كان يحتمل القسمة أو لا، من شريكه أو غيره، ثم الصحيح أنه فاسد يضمن بالقبض. .»[3].

واتفق الشافعي وأحمد مع مالك في جواز رهن المشاع، قال في مغني المحتاج: «ويصح رهن المشاع كرهن كله من الشريك وغيره، ولا يحتاج إلى إذن الشريك» ومثله في المغني[4].

ويجوز رهن: المعار، فمن عليه دين يجوز له أن يستعير سلعة ليرهنها

---

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٤٤/٥ ـ ١٤٥.
(٢) تفسير القرطبي ٤١١/٣.
(٣) اللباب ٥٦/٢.
(٤) مغني المحتاج ١٢٢/٢ ـ ١٢٣ والمغني ٣٧٤/٤ ـ ٣٧٥.

بإذن المعير فإن فعل ذلك ووفى المستعير دينه رجعت السلعة للمعير، وإن لم يوفه وبيع الرهن في الدين رجع المعير على المستعير بقيمة الرهن يوم استعاره، وقيل يوم رهنه، أو رجع بثمنه الذي بيع به إن بيع في الدين.

وإذا رهنه المستعير في غير ما أذن له فيه فلربه أخذه من المرتهن إنْ وجده قائماً لم يتغير، وإلا أخذ قيمته من المستعير، سواء كان مما يغاب عليه أم لا هلك ببينة أم لا[1].

وحكى ابن المنذر الإجماع على جواز رهن المعار بإذن المعير، فقال: «وأجمعوا على أن الرجل إذا استعار من الرجل الشيء يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سُمي له، إلى وقت معلوم، فرهن ذلك على ما أذن له فيه ـ أن ذلك جائز»[2].

* * *

وَرَهنُ المثلِّي ولو عيناً إن طُبع عليه أو كان تحت أمينٍ
ورهنُ دينٍ ولو على المرتهنِ. ولزم بالعقدِ، وإنما يَتمُّ بالقبضِ.

* * *

يعني أن المثلي ـ وهو ما حصره كيل أو وزن أو عد ولم تختلف أفراده، ولم تدخله صنعة عظيمة ـ يجوز رهنه ولو كان عيناً مسكوكة. ومحل جواز رهنه إن طبع عليه طبعاً واضحاً يميزه عن مثله، سداً للذريعة، ليلا يشتبه بالسلف فيقصد به السلف مع تسميته رهناً، لمنع السلف مع الدين، لأنه إن كان بشرط كان كاجتماع بيع وسلف، وإن كان بغير شرط كان هدية مديان. وقد تقدم منع الجميع.

---

(1) الشرح الصغير ٣/٣١١.
(2) الإجماع لابن المنذر ص ٩٧.

ومحل تعيُّن الطبع عليه إن كان بيد المرتهن أما إن وُضع تحت يد أمين فيجوز رهنه من غير طبع عليه لانتفاء العلة المتقدمة[1].

وبه قال الثلاثة، أي أن الرهن يتم قبضه من قبل أمين اشتُرِط أن يكون بيده[2].

وجاز رهن دين على إنسان، كأن يقول من عليه الدين لصاحب الدين: رهنتك ديني الذي على فلان حتى آتيك بدينك. وسواء كان الدين على غير المرتهن أو على المرتهن نفسه. ومثَّل صاحب الأصل لهذا بقوله: «كان يتسلف أو يشتري المسلِم سلعة من المسلَم إليه ويجعل المسلَم فيه رهناً في ذلك الدين»[3].

وقوله: «ولزم بالعقد..» إلخ يعني أن الرهن يلزم بالعقد أي بمجرد القول ويُقضى للمرتهن به على الراهن، إلا أنه لا يتم إلا بالقبض لتوقفه على الحوز كما سيأتي إن شاء الله.

ولزومه بالعقد لا يتنافى مع الآية المتقدمة: «فرهان مقبوضة» بل فيها دليل على ذلك، قال الباجي: «فلنا من الآية دليلان: أحدهما: أنه قال عز من قائل: «فرهان مقبوضة» فأثبتها رهاناً قبل القبض، والآخر: أن قوله: «فرهان مقبوضة» أمر، لأنه لو كان خبراً لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض». قال: «ومن جهة القياس: إنه عقد وثيقة كالكفالة»[4]. ا هـ.

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: لا يلزم الرهن إلا بالقبض، وما لم يقبضه المرتهن فإن الراهن بالخيار فإن شاء سلمه، وإن شاء رجع عن

---

(١) الشرح الصغير ٣/٣١٠ ـ ٣١١.
(٢) اللباب ٢/٥٦ والمغني ٤/٣٨٨.
(٣) الشرح الصغير ٣/٣١١.
(٤) المنتقى ٥/٢٤٨.

الرهن[1] واستدلوا بالآية المتقدمة: «فرهان مقبوضة» قال في المغني: «وصفها بكونها مقبوضة»[2].

* * *

ويبطُلُ بشرطٍ منافٍ، كأن لا يَقبضَه أو لا يُباعَ عند الأجلِ، أو يجعلَه في فاسدٍ، إلا أن يفوتَ فهو في عوضِه.

فإن رهنه في قرضٍ جديدٍ مع دينٍ قديمٍ بلا رهْنٍ لم يَجُزْ ورُدَّ، وبالمانِع يختصُّ به الجديدُ إلا إذا كان القديمُ حالاًّ والمدينُ موسر.

* * *

يعني أن عقد الرهن يبطل إذا اشتُرِط فيه شرط منافٍ لما يقتضيه العقد، كأن يشترط الراهن أن يبقى الرهن بيده فلا يقبضه المرتهن، وكأن يشترط على المرتهن أن لا يبيعَ الرهن عند حلول الأجل، لأن عقد الرهن يقتضي أن يقبضه المرتهن أو يوضع تحت يد أمين، وأن يباع إذا لم يوف الراهن الدين[3].

وبه قال الشافعي[4] وأحمد في إحدى روايتيه، وروايته الأخرى أن الشرط يبطل ويصح الرهن، وبه قال أبو حنيفة، قاله في المغني[5].

كما يبطل الرهن إذا جُعل في بيع أو قرض فاسد كالبيع وقت النداء الثاني للجمعة.

(1) اللباب ٢/٥٤ ـ ٥٥ والإقناع في حد ألفاظ أبي شجاع ١/٢٧٤ والمغني ٤/٣٦٤.
(2) المرجع السابق.
(3) الشرح الصغير وحاشيته ٣/٣١٣ ـ ٣١٤.
(4) مغني المحتاج ٢/٢٢١.
(5) المغني ٤/٤٢٣.

فإن وقع ذلك تعين فسخه إلا أن يفوت بأحد مفوتات البيع التي تقدم ذكرها فيجعل الرهن في عوضه، أي قيمته إن كان مقوماً ومثله إن كان مثلياً(1).

وقوله: «فإن رهنه في قرض جديد. .» إلخ يعني أن عقد الرهن يحرم ويبطل إذا جُعل في قرض اقترضه الراهن ممن له عليه دين قديم لا رهن له، وجعل الرهن فيهما معاً، لما في ذلك من سلف جر نفعاً، وهو توثقه بالرهن على الدين القديم مقابل القرض الجديد، فيرُد الرهن لربه ويبقيان بلا رهن.

فإن حصل مانع بموت الراهن أو فلسه قبل رد الرهن اختص القرض الجديد بالرهن دون القديم إلا إذا كان الدين القديم حالا وكان الغريم موسراً مقدوراً على أخذ الدين منه، وكذلك إذا كان عديماً وكان الرهن له ولم يكن عليه دين محيط، لأنه حينئذ كالمليء(2).

* * *

وَيَبطلُ الرهنُ بموتِ الرَّاهنِ أو فلسِه قبل حوزِه، ولو جدَّ المرتهنُ، وبإذنِه لربِّه في السُّكنى والإجارةِ عليهِ، فإن فات بنحو عتقٍ وإلا فله أخذُه قبل المَانعِ، كما إذا سلَّمه في الإذنِ بالبيعِ والثمار المعلقة.

* * *

يعني أن الرهن يبطل إذا لم يتم حوزه قبل موت الراهن أو فلسه أو مرضه مرضاً مخوفاً اتصل بموته. فلا ينفع الحوز في ذلك المرض. قال المواق: «من المدونة قال مالك: إذا لم يقبض المرتهن الرهن حتى مات

(1) الشرح الصغير ٣/٣١٤.
(2) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/٢٤٢.

الراهن أو فلس كان أسوة الغرماء في الرهن وغيره»[1] وحتى إذا جدَّ المرتهن في أخذ الرهن ولم يفرط في أخذه حتى حصل المانع قبل حوزه فإنه يبطل على المشهور، بخلاف الهبة فإن الجِد في طلبها يعتبر حيازة[2].

كما يبطل الرهن إن أذن المرتهن للراهن في سكنى دار مرهونة أو كرائها ونحو ذلك ولو لم يفعل، ففي المدونة: «لو أذن المرتهن للراهن أن يسكن أو يكري فقد خرجت الدار من الرهن وإن لم يسكن أو يكر، وكذلك لو ارتهن بئراً أو عيناً فأذن لربها أن يسقي بها زرعه لخرجت من الرهن» نقله المواق[3] وقال أشهب: لا يبطل الرهن بمجرد الإذن، وإنما يبطل بفعل ما أُذن فيه[4].

وقوله: «فإن فات بنحو عتق. .» إلخ يعني أن الرهن إذا فوَّته مالكهُ الراهنُ قبل أخذه ـ بهبة أو صدقة أو بيع أو عتق ونحو ذلك، أو بقيام الغرماء على الراهن فإنه يتم بطلانه ويبقى الدين بلا رهن، لكن يعجل قضاؤه في غير قيام الغرماء. وأما إنْ لم يفت فيُقضى للمرتهن بأخذه إن لم يحصل مانع للراهن حسبما تقدم.

ويبطل الرهن أيضاً إذا أذن المرتهن للراهن في بيعه وسلّمه إياه ويبقى الدين بلا رهن سواء بيع الرهن بالفعل أم لا.

وكذلك إذا أذن له في بيعه ولم يسلمه له وباعه فإنه يبطل على الراجح، إلا أذا ادعى المرتهن أنه إنما أذن للراهن في البيع ليجيئه بالثمن فيقبل ذلك منه بيمين، ويكون الثمن رهناً.

أما إذا أذن المرتهن في البيع ولم يسلم الرهن ولم يُبع فله التمسك به[5].

---

(١) التاج والإكليل ٥/١١ ـ ١٢.
(٢) مواهب الجليل للحطاب ٥/١٢.
(٣) التاج والإكليل ٥/١٢.
(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٣١٦.
(٥) المرجع السابق ٣/٣١٧ ـ ٣١٨.

والأصل في ذلك كله الآية المتقدمة: «فرهان مقبوضة»، وتقدم أن الآية تدل على معنيين:

أحدهما: أن الرهن يلزم بالقول فيقضي به للمرتهن قبل حصول مانع للراهن.

والثاني: أن الرهن لا يتم إلا بالقبض، فلو مات المرتهن أو فلس قبل قبضه بطل.

ويبطل الرهن بإعارته لراهنه لأن ذلك يدل على إسقاط المرتهن لحقه من الرهن.

وإذا تنازع الراهن والمرتهن فيمن يحوز الرهن فالقول لمن طلب حوزه عند أمين، لأن الراهن قد لا تطيب نفسه بوضع الرهن عند المرتهن، هذا إذا اختلفا في وضعه عند المرتهن والأمين.

أما إذا اتفقا على وضعه عند أمين واختلفا في تعيين ذلك الأمين فإن القاضي ينظر في الأصلح ممن عيّنا فيقدمه[1].

وعلى الأمين الذي وُضع عنده الرهن أن يحافظ عليه وأن لا يُسلمه لأحدهما إلا بإذن من الآخر، فإذا سلمه للراهن ضمن الأمين للمرتهن الدين أو القيمة، أي ضمن الأقل منهما. وإذا سلمه للمرتهن وتلف عنده ضمن القيمة للراهن فإن كانت قدر الدين سقط الدين وبرىء الأمين، وإن زادت على الدين ضمن الزيادة للراهن، ورجع بها على المرتهن.

قاله في الشرح الصغير وحاشيته[2].

* * *

وجاز ارتهانٌ قبل الدينِ، ولا يُباعُ إلا بعد الأجلِ بإذنِ

---

(١) الشرح الصغير ٣/٣٢١ - ٣٢٢. (٢) المرجع السابق.

الحاكم إلا إذا أذن للأمينِ ولو في العقْدِ، أو لِلمرتهِنِ بعده، إن لم يَقلْ لهمَا: إن لم آتِ به.

* * *

يعني أن الارتهان يجوز قبل تحمل الدين، بحيث يسلمه رهناً قبل أن يتعلق به دين من بيع أو قرض، فيعطيه الرهن اليوم، ثم من الغد يقترض أو يبتاع منه بدين[1].

وبه قال أبو حنيفة، قاله في المغني[2].

وقال الشافعي وأحمد ـ في أصح روايتيه ـ: لا يجوز الارتهان قبل تحمل الدين، لأنه وثيقة بحق لا يلزم قبْله، فلم تصح قبله كالشهادة[3].

ولا يباع الرهن في الدين المرهون فيه إلا بعد انتهاء الأجل، فإن حل الأجل ولم يأت الراهن بالدين ـ بيع الرهن بحضور الراهن، فإن امتنع الراهن أو غاب أو مات ـ تولى القاضي البيع.

وإذا وُضع الرهن تحت يد أمين وأذن له الراهن في بيعه ولو في عقد الرهن، فللأمين بيعه ولو قبل الأجل إن أذن له في ذلك لأنه وكيل عن الراهن.

كما يجوز للمرتهن بيعه إن أذن له الراهن في بيعه بعد العقد لا في حال العقد.

إلا إذا قال الراهن لواحد منهما: إن لم آت بالدين لكذا فبعه، فلا يجوز له بيعه إلا بإذن الحاكم ليثبت عنده العسر أو المطل أو الغيبة للراهن،

---

(١) الشرح الصغير ٣/٣٢٣.

(٢) المغني ٤/٣٦٣.

(٣) المرجع السابق ومغني المحتاج ٢/١٢٦ ـ ١٢٧.

لكن إذا وقع البيع من واحد منهما دون إذن الحاكم ورَفْعِ الأمر إليه - مضى البيع وإن لم يجز ابتداء[1].

* * *

ويضمنُ المرتهِنُ الرهنَ إن كان بيدِه وهو مما يغابُ عليه ولم تقم على هلاكه بينةٌ، ولو اشترط البراءة، إلا متطوَّعٌ به. فإن دعاه لأخذِه فوديعةٌ.

* * *

يعني أن ضمان الرهن من المرتهن إن كان بيده، وكان يغاب عليه، أي يمكن إخفاؤه، كحلي وثياب وسلاح ونحو ذلك، ولو اشترط البراءة من الضمان، لأن شرط البراءة يؤذن بتهمة التحيل على الرهن. إلا إذا كان الرهن متطوعاً به بعد العقد واشتُرط عدم الضمان. ومحل الضمان فيما يغاب عليه إن لم تقم بينة على تلفه بغير تفريط وإلا فلا ضمان على المرتهن.

أما ما كان بيد غير المرتهن بأن كان تحت يد أمين، أو كان مما لا يغاب عليه كحيوان وعقار وسفن فلا ضمان فيه على المرتهن إلا إذا قامت عليه بينة بتفريطه فيما بيده مما لا يغاب عليه فيكون عليه الضمان[2].

وللراهن تحليف المرتهن في ضمانه وعدم ضمانه، فيحلف أن الرهن ضاع من غير تفريط.

ويستمر ضمان الرهن على المرتهن فيما يغاب عليه، وإن قبض دينه حتى يسلمه لربه. فإن أحضره له أو دعاه لأخذه بعد قضاء الدين، وقال:

---

(١) الشرح الصغير ٣/٣٣٢ - ٣٣٣.

(٢) الشرح الصغير ٣/٣٣٦ - ٣٣٩.

اتركه عندك ـ فلا ضمان عليه إذا ادعى ضياعه بعد ذلك لأنه صار وديعة[1].

والأصل في ضمان الرهن عمل أهل المدينة، ففي الموطإ: «قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك في يد المرتهن، وعُلم هلاكه، فهو من الراهن، وإن ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئاً، وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يُعلَم هلاكه إلا بقوله فهو من المرتهن، وهو لقيمته ضامن. .»[2].

وقال الشافعي وأحمد: ضمان الرهن من الراهن سواء كان مما يغاب عليه أو لا يغاب عليه، إلا إذا تلف بجناية أو تفريط من المرتهن فيكون ضمانه منه. وقال أبو حنيفة: يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين[3].

واستدل الشافعي وأحمد بحديث: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه». رواه الدارقطني والحاكم عن أبي هريرة مرفوعاً. قال الحافظ: «ورجاله ثقات، إلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره إرساله»[4].

وأخرج مالك بعضه عن سعيد بن المسيب مرسلاً[5].

وأخرجه البيهقي كله موصولاً عن أبي هريرة، ومرسلاً عن سعيد بن المسيب[6].

---

(١) المرجع السابق.
(٢) الموطأ ٢/٧٣٠.
(٣) الإقناع على أبي شجاع ١/٢٧٥ والمغني ٤/٤٣٨.
(٤) بلوغ المرام ص ١٧٥ ـ ١٧٦.
(٥) الموطأ ٢/٧٢٨.
(٦) السنن الكبرى ٦/٣٩ ـ ٤٠.

واحتج أبو حنيفة بما رواه البيهقي وضعفه: «عن مصعب بن ثابت قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقك». قال البيهقي: «وقد كفانا الشافعي رحمه الله بيان وهَن هذا الحديث» وساق أدلته على ضعف الحديث[1].

وإذا رُهِنتْ حاملٌ فإن جنينها الذي في بطنها وقت الرهن يندرج في الرهن وأولى إن حملت به بعد الرهن.

كما يندرج في الرهن صوف الحيوان ووبره، وتندرج فراخ النخل في رهنه، بخلاف الثمرة والبيض والغلة كأجرة دار أو حيوان أو سيارة، وكسمن ولبن فلا تدخل في الرهن إلا بشرط.

ويجوز للمرتهن شرط منفعة في الرهن كسكنى أو ركوب إن عُيِّنت بزمن أو عملٍ حتى لا تكون مجهولةً، ويكون الرهن في دين بيع لا قرض لما فيه من سلفٍ جر نفعاً.

ونفقة الرهن على الراهن لأن الغلة له، وإذا أنفق المرتهن على الرهن رجع على الراهن بما أنفق في ذمته ولو لم يأذن له في الإنفاق[2].

والأصل في ذلك الحديث المتقدم: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه».

وبه قال أبو حنيفة والشافعي[3].

وقال أحمد بنحو ذلك إلا في غلة الركوب والحَلِب فإنها للمرتهن مقابل العلف أي بقدره. قاله الخرقي[4].

---

(١) المرجع السابق ٦/٤١.

(٢) الشرح الصغير ٣/٣٢٤ - ٣٣٤.

(٣) اللباب ٢/٦٢ ومغني المحتاج ٢/١٣١ - ١٣٢.

(٤) المغني ٤/٤٢٦.

واستدل بما في صحيح البخاري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[1].

قال في الفتح: «وفيه حجة لمن قال: يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا قام بمصلحته ولو لم يأذن له المالك، وهو قول أحمد وإسحاق وطائفة، قالوا: ينتفع المرتهن من الرهن بالركوب والحلب بقدر النفقة، ولا ينتفع بغيرهما لمفهوم الحديث».

ثم قال: «وذهب الجمهور إلى أن المرتهن لا ينتفع من المرهون بشيء وتأولوا الحديث لكونه ورد على خلاف القياس من وجهين: أحدهما التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه، والثاني تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة.

قال ابن عبد البر: هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها. ويدل على نسخه حديث ابن عمر الماضي في أبواب المظالم: «لا تحلب ماشية امرىء بغير إذنه»[2]اهـ.

وهذا الحديث أخرجه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «قال رسول الله ﷺ: «لا يحلُبَنَّ أحدٌ ماشية امرىء بغير إذنه، أيحب أحدُكم أن تؤتى مشرُبته فتكسر خزانته فيُنتقل طعامُه؟ فإنما تخزنُ لهم ضروعُ مواشيهم أطعمتَهم، فلا يحلبنَّ أحدٌ ماشية أحدٍ إلا بإذنه»[3].

والمشربةُ (بالضم والفتح): الغرفة. قاله في النهاية[4].

* * *

(١) صحيح البخاري ٢/٨٨٨.
(٢) فتح الباري ٥/١٠٢.
(٣) صحيح البخاري ٢/٨٥٨ وصحيح مسلم ٣/١٣٥٢
(٤) النهاية ٢/٤٥٥.

بَابُ المفْلس



اعلم ـ وفّقك الله ـ أن مَن أحاط الدينُ بمالِه لا يجوزُ له التبرُّعُ كعتقٍ ولا تـزوجٌ بأكثر من واحدةٍ، وله التصرفُ بعوضٍ وإنفاقٍ في عيد وأن يُضحِّيَ.

ولمَن حل دينُه القيامُ عليه ومنعُه حتى من المعاوضَات والإقرار لمن لا يُتهم عليهِ إلا بالمجْلسِ أو بقربِه، ودينُ القائمين إنّما يثبت بِالإقرارِ.

* * *

الفلس لغة العدم. قال في اللسان: «أفلس الرجل: إذا لم يبق له مال، يراد به أنه صار إلى حال يقال فيها: ليس معه فلْس» قال: «وقد فلّسه الحاكم تفليساً نادى عليه أنه أفلس»[1].

وهذا المفهوم اللغوي لا يختلف عن تعريفه الشرعي: إحاطة الدين بمال المدين.

والفلس ـ أعاذنا الله منه ـ على ثلاثة أنواع:

---

(١) لسان العرب ٦/١٦٦.

١ ـ النوع الأول: إحاطة الدين بمال المدين قبل قيام الغرماء، فهذا النوع يحرم على صاحبه ـ فيما بينه وبين الله ـ التبرع بعتق وهبة ونحوهما، وله التزوج بواحدة والنفقة على الزوجة، وقيل: له التزوج بأربع، بناءً على أن الزائد على واحدة من الأمور الحاجية، أما منعه مما زاد على واحدة فمبني على أنه من التوسع[1]. وإلى هذا الخلاف أشار خليل بقوله: «وله التزوج وفي تزوجه، أربعاً وتطوعه بالحج تردد»[2].

وله التصرف بعوض بلا محاباة، وله أن يضحي وأن ينفق في عيد بلا إسراف فيهما[3].

٢ ـ أما النوع الثاني وهو ما أشار إليه المصنف بقوله: «ولمن حل دينه القيام عليه..» إلخ فإن صاحبه ـ بالإضافة إلى حرمة تصرفه في المال بالتبرعات ـ فيما بينه وبين الله ـ يجوز لمن يطالبه بدين حالٍّ أن يمنعه من التصرف في المال بعوض وغيره، وأن يمنعه من الإقرار لمن لا يتهم عليه، إلا إذا وقع الإقرار بالمجلس الذي قام عليه الغرماء به أو حجر عليه فيه، أو وقع بقربه، إن كان الدين الذي فلس فيه ثابتاً بإقرار منه لغرمائه، لا إن كان ثابتاً لهم ببينة فلا يقبل إقراره لغيرهم، بمعنى أنهم لا يكونون أسوة الغرماء في الحال، وإنما يكون المُقَر به في ذمته لهم فيما بعد[4].

وللغريم منع المدين لا بقيد إحاطة الدين بماله من السفر إذا كان دينه يحل في غيبته وأيسر المدين ولم يضمنه موسر، ولم يوكل على قضائه من ماله[5].

ونظم ذلك العلامة الشيخ محمذ فال بن أحمد فال التندغي فقال:

«منعُ الغريم للمدينِ من سَفر يَحِل فيه دينُهُ أمرٌ ظَهرْ
إلا إذا وكَّل مَن يُوفيهِ وضمن الوكيل دَيناً فيه».

(١) جواهر الإكليل ٢/٨٨.
(٢) مختصر خليل ص ٢٠١.
(٣) الشرح الصغير ٣/٣٤٦ ـ ٣٤٨.
(٤) المرجع السابق.
(٥) شرح الزرقاني على خليل ٥/٢٦٣.

وله الرفعُ للحاكِم، فيخلَع مالَه للغرماءِ، ويكونُ بينهم بالمحاصَّةِ، والقولُ لمن طلبه.

وحلَّ به وبالموتِ ما أُجِّل.

* * *

يعني أن للغريم واحداً كان أو أكثر أن يرفع من أحاط الدين بماله للحاكم أي القاضي ليقضي له بماله.

٣ ـ وهذا هو النوع الثالث من أنواع الفلس، وهو الذي يعبر عنه بالتفليس الأخص، فإذا رفع الغريم أو الغرماء المدين الذي أحاط دينهم بماله إلى الحاكم وأثبت إحاطة الدين بماله ـ خلع ماله لهم باستثناء ما كان ضرورياً لقوته والنفقة الواجبة عليه كما سيأتي إن شاء الله، فيقسم مال المدين بين الغرماء بالمحاصة كل حسب دينه.

ومحل حكم الحاكم بما ذكر إن حل الدين الذي على المدين الذي أحاط الدين بماله بعد ثبوته كلًا أو بعضاً، فلا يفلس من لم يحل عليه شيء من الدين، ويفلس المدين المذكور إن كان حاضراً، أو غائباً غيبة متوسطة كعشرة أيام، ولم يعلم ملاؤه حين خروجه، أما إن كانت الغيبة بعيدة كشهر فيفلس ولو عُلم ملاؤه، وأما إن قربت كثلاثة أيام فلا يفلس بل يكشف عن حاله، لأنه كالحاضر[1].

وإذا طلب بعض الغرماء تفليس المدين وامتنع بعضهم فإن القول لمن طلب التفليس، فيفلس لحق الطالب لكن من لم يطلب التفليس له محاصة الطالب لأن تفليسه لواحد تفليس للباقين. وإن لم يطلبه واحد من الغرماء فلا يفلس[2].

---

(١) الشرح الصغير ٣/٣٤٩ ـ ٣٥٠ ومواهب الجليل للحطاب ٥/٣٨.

(٢) الشرح الصغير ٣/٣٥٠ ـ ٣٥١.

وقوله: «وحل به وبالموت ما أجل..» إلخ يعني أن التفليس الأخص ـ الذي ذكرنا آنفاً ـ يحل به وبالموت ما أجل من الدين لخراب ذمة المفلس والميت بالتفليس والموت. أما الدين الذي للمفلس والميت فلا يحل بالفلس والموت إجماعاً، قال ابن المنذر: «وأجمعوا أن ما كان من دين للمفلس إلى أجل أن ذلك إلى أجله. لا يحل بإفلاسه»[1]اهـ.

والأصل في الحجر على المفلس وخلع الحاكم ماله للغرماء ما رواه ابن كعب بن مالك عن أبيه رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه. أخرجه الدارقطني وصححه الحاكم وأخرجه أبو داود مرسلاً ورجح إرساله» قاله في بلوغ المرام[2].

وأخرجه البيهقي موصولاً بالسند نفسه[3].

قال في سبل السلام: «والحديث دليل على أنه يحجر الحاكم على المدين التصرف في ماله وبيعه عنه لقضاء غرمائه» ثم قال: «ظاهر الحديث أن ماله كان مستغرقاً بالدين»[4] اهـ.

وأخرج البيهقي: «عن عمر بن عبد الرحمٰن بن دلاف عن أبيه أن رجلاً من جهينة كان يشتري الرواحل فيغالي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاجَّ فأفلس فرُفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج، ألا إنه قد ادَّان معرضاً فأصبح وقد رِينَ به، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب»[5].

وأخرج أيضاً عن أيوب قال: «نُبِّئْتُ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه

---

(١) الإجماع لابن المنذر ص ١٠٠.
(٢) بلوغ المرام ص ١٧٨.
(٣) السنن الكبرى ٦/٤٨.
(٤) سبل السلام ٣/٨٧٨.
(٥) السنن الكبرى ٦/٤٩.

بمثل ذلك، وقال: نقسم ماله بينهم بالحصص»[1].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد[2].

* * *

ولا يلزمُ الغرماءَ إثباتُ أن لا غريمَ سواهُم، وإن طرأ غريمٌ رجع على كلٍّ بمَنابِه مما أخِذَ فقط، إلا إذا اشتهر بدينٍ فله أخذُ الموسرِ عن المُعسرِ فيما قبض كالعالِم به.

* * *

يعني أن الحاكم لا يُكلِّفُ الغرماء بإثبات أنهم وحدهم هم أهل الدين، وأن لا غريم للمفلس سواهم. بخلاف الورثة فإن الحاكم عليه أن يكلفهم أن لا وارث للميت سواهم، لأن الورثة يسهل حصرهم ومعرفتهم، ولا كذلك الغرماء[3].

وإن طرأ غريم للمفلس بعد توزيع ماله على من حضر من الغرماء رجع الغريم الطارىء على الغرماء الذين أخذوا مال المفلس، فيرجع على كل واحد منهم بالحصة التي تنوبه في الحصاص ـ لو كان حاضراً، ولا يأخذ ملياً عن معدم ولا حاضراً عن غائب.

ومثل ذلك وارث أو موصي يطرأ على مثله، فيرجع الوارث الطارىء على الورثة بنصيبه، ويرجع الموصى له على الموصى لهم، ولا يأخذ أحدهما ملياً عن معدم ولا حاضراً عن غائب، إلا إذا اشتهر المفلس أو الميت أو الوصي بالدين أو علم الغرماء أو الورثة أو الموصى لهم ـ بأن هناك غريماً أو وارثاً أو

---

(١) المرجع السابق.

(٢) اللباب ٧٣/٢ ومغني المحتاج ١٤٧/٢ والمغني ٤٥٢/٤ ـ ٤٥٣.

(٣) الشرح الصغير ٣٦٠/٣.

موصى له ـ واقتسموا المال دونه ـ فإن للطارىء أن يرجع عليهم بحصته، وله أن يأخذ الملي عن المعدِم والحاضر عن الغائب والحي عن الميت[1].

واحترز المصنف بقوله: «طرأ» عما إذا كان أحد الغرماء حاضراً للقسم وسكت بلا عذر له عن أن يقوم بحقه ـ فليس له الرجوع على الغرماء بشيء، لأن سكوته ـ بلا عذر ـ يعد رضىً ببقاء حصته في ذمة المفلس.

وأما لو حضر شخص قسمة متروك ميت، ولم يدَّع شيئاً عليه من غير مانع ثم ادعى بعد ذلك أنه يطالب الميت بدين ـ فإنه إذا تم قسم جميع المتروك ـ لم تُسمع دعواه، وإن كان قد بقي بعد القسم ما يفي بدينه فإن حقه لم يسقط إذا ثبت وحلف أنه ما تركه. قاله الدسوقي[2].

واستشهد بما أشار له ابن عاصم في التحفة:

«وحاضر لقسم متروكٍ لَهُ   عليه دَينٌ لم يَكنْ أهملَهُ
لا يُمنع القيامَ بعد أن بَقي   للقسم قدرُ دينه المحقَّق
يقبض من ذلك حقاً مَلَكَهْ   بعد اليمين أنه ما تَرَكَهْ»[3]

* * *

ومن عرفَ عينَ مالِه أخذَه إن لم يفْدِه الغرماءُ، أو ينتقل بكَطحنٍ وتَفصيلٍ لكشُقَّةٍ، وإن قبض بعضَ الثمنِ فله ردُّه وأخذُ سلعتِه، أو يتركها ويحاصص فيمَا بقِيَ.

* * *

يعني أن الغريم إذا وجد عين ماله الذي باعه للمفلس قبل فلسه ـ فله

---

(١) المرجع السابق ٣/٣٦٤ ـ ٣٦٥.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢٧٤.

(٣) المرجع السابق.

أخذه إن لم يفْدِه الغرماء الآخرون بالثمن الذي على، المفلس كما أن له تركه أصلاً ويتحاص مع الغرماء.

ومحل كونه أحقَّ بعين مالِه إذا لم تتغير عين سلعته تغيراً ينقلها عن أصلها كطحن قمح أو شعير ونحوهما وكتفصيل شقة ثوباً أو سراويل وكخلط شيء بغير مثله كخلط عسل بزيت أو سمن أو قمح جيد بعفن، أما خلط الشيء بمثله فغير مفوِّتٍ[1].

وفي حالة أحقيته بعين سلعته فإنه إن كان قد أخذ بعض ثمنها من المدين فعليه رد ما أخذ من الثمن ويأخذ سلعته، وله تركها ويكون أسوة الغرماء يتحاص معهم فيما بقي من الثمن[2].

والأصل في أن من عرف عين ماله يكون أحق به ما أخرجه مالك والشيخان عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه، فهو أحق به من غيره». هذه رواية مالك[3] أما رواية الشيخين فلفظها: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره»[4].

وبه قال الشافعي وأحمد، وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يكون أحق به وإنما يكون أسوة الغرماء[5] والحديث يرد عليهم.

قال ابن عبد البر: «وحديث التفليس هذا من رواية الحجازيين والبصريين ـ حديث صحيح عند أهل النقل ثابت، وأجمع فقهاء الحجازيين وأهل الأثر على القول بجملته، وإن اختلفوا في أشياء من فروعه ـ ودفعه من

---

(١) الشرح الصغير ٣/٣٧٣ ـ ٣٧٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) الموطأ ٢/٦٧٨.
(٤) بلوغ المرام ص ١٧٦.
(٥) الهداية ٣/٢٨٧ وفتح العزيز للرافعي مع المجموع ١٠/٢٣٤ والمغني ٤/٤٥٧.

أهل العراق أبو حنيفة وأصحابه وسائر الكوفيين وردوه، وهو مما يُعدُّ عليهم من السنن التي ردوها بغير سنة صاروا إليها، وأدخلوا النظر حيث لا مدخل له فيه، ولا مدخل للنظر مع صحيح الأثر.

وحجتهم أن السلعة ملك المشتري وثمنها في ذمته، فغرماؤه أحق بها كسائر ماله، وهذا ما لا يخفى على أحد لولا أن صاحب الشريعة جعل لصاحب السلعة إذا وجدها بعينها أخذها: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أمراً أَن تَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾[1] انتهى[2].

وتقدم أن ذكرنا أن المذهب المالكي يقبل من الغرماء أن يعطوا ثمن السلعة لصاحبها الذي عَرف عينها، فإن فدوا السلعة بثمنها الذي يطالب بـه المفلس فلا حق له فيها لأن السلعة قد يرتفع سعرها فيصبح ثمنها أكثر من الدين وليس له أن يأخذ أكثر من دينه، أما إذا نقص ثمن السلعة فإن بائعها مخير بين أخذها أو تركها ويكون أسوة الغرماء.

قال مالك في الموطإ: «فأما ما بيع من السلع التي لم يُحدِثْ فيها المبتاع شيئاً، إلا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها، والغرماء يريدون إمساكها فإن الغرماء يخيرون بين أن يُعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به ولا ينقصوهُ شيئاً، وبين أن يُسلِمُوا إليه سلعته، وإن كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذي باعها بالخيار، إن شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له في شيء من مال غريمه فذلك له وإن شاء أن يكون غريماً من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له»[3]اهـ.

وقال الشافعي وأحمد: لا خيار للغرماء في حال ارتفاع سعر السلعة فإذا بذلوا عنها الثمن الذي باعها به صاحبها لم يلزمه قبول الثمن[4].

(١) الأحزاب: ٣٦.
(٢) التمهيد ٨/٤١٠ - ٤١١.
(٣) الموطأ ٢/٦٧٩ - ٦٨٠.
(٤) فتح العزيز للرافعي مع المجموع ١٠/٢٣٥ والمغني ٤/٤٥٥.

أما إذا كسدت السلعة فلا خلاف بين مالك والشافعي وأحمد في أن ربها مخير بين أخذها بجميع حقه، وبين أن يكون أسوة الغرماء بكمال ثمنها[1].

أما أبو حنيفة فتقدم عنه أن رب السلعة لا يكون أحق بها بأي حال، وإنما يكون أسوة الغرماء على كل حال.

* * *

ويُقبلُ تعيينُه القراضَ والوديعةَ إن ثبت أصلُهما بخلافِ الصانعِ فمُطلقاً. ولا تباع آلتُه وألحقَ بعضُهم كتبَ العالم، ويُباع مَالُه بحضرتِه بالاِستقصاءِ.

* * *

يعني أن المفلس يقبل منه تعيين ما كان عنده من القراض والوديعة إن ثبت أصلهما ببينة أو إقرار قبل قيام الغرماء عليه أما إذا لم تقم بينة على أصلهما فلا يقبل تعيينه لهما. وكذلك إذا قال في مالـي قراض أو وديعة ولم يعين فلا يقبل ذلك منه.

وروي عن أصبغ قبول الإقرار بالقراض والوديعة وإن لم تقم على أصلهما بينة، لأنه إقرار بأمانة ولم يقر بدين، قال: وذلك إذا أقر لمن لا يتهم عليه[2].

أما الصانع فيقبل قوله مطلقاً ببينة أو بغيرها على ما شُهِّر من اختيار اللخمي قال خليل: «والمختار قبول قول الصانع بلا بينة»[3]. قال محمد

(١) مغني المحتاج ٢/١٦٠ والمغني ٤/٤٥٨.
(٢) المنتقى ٥/٨٤.
(٣) مختصر خليل ص ٢٠١.

عليش: «لعدم جريان العادة بالإشهاد عليه، اللخمي: قول ابن القاسم: يقبل أحسن لأن الصناع منتصبون لمثل هذا وليس العادة الإشهاد عند الدفع، ولا يعلم ذلك إلا من قولهم»[1]اهـ.

ولا تباع آلـته، أي الصانع على المشهور إذا كانت قيمتها يسيرة، ولا غنى له عنها، أما إذا كثرت قيمتها أو كان في غنى عنها فتباع عليه، بلا تردد[2].

وقوله: «وألحق بعضهم كتب العالم. .» إلخ يعني أن كتب العلم أي الكتب الشرعية كالفقه والتفسير والحديث وآلة ذلك كاللغة والبيان ـ مختلف في بيعها والمشهور جواز بيعها، وبذلك تباع على المفلس، وقيل: إنها لا تباع عليه. قال الباجي: «واختلفوا في بيع كتبه فقال مالك في الموازية: لا تباع عليه كتب العلم. قال: وكان غيره من أصحابنا يجيز بيعها في الدَّين وغيره، وإنما هذه المسألة مبنية على جواز بيعها، فإن مالكاً منع من بيعها في المدونة وغيرها، لأن طريقها النظر، وليس بمقطوع بصحتها، وجوز بيع المصحف لصحة ما فيه، وقد أباح بيعها الجمهور وقال محمد بن عبد الحكم: بِيعَتْ كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار، وأصحابنا متوافرون فما أنكروا ذلك»[3] اهـ.

قلت: وإذا كان الجمهور أجاز بيعها في زمن ابن وهب الذي كان الحفظ فيه سائداً ـ فكيف به اليوم الذي أصبح جل العلماء لا يعتمدون في فتوى ولا قضاء إلا على ما في بطون الكتب، فينبغي أن لا يختلف في جواز بيعها اليوم والله أعلم.

وسواء كان المفلس محتاجاً لكتبه في المطالعة والمراجعة أو غير محتاج إليها فإنها تباع في دينه على المشهور[4]. وقيل: إنّ من احتاج إليها ـ كعالم وطالب علم لا تباع عليه. والخلاف إنما هو في الكتب الشرعية، أما غيرها فتباع عليه بلا خلاف[5].

---

(١) منح الجليل ١٢٩/٣.
(٢) المرجع السابق ١٣١/٣.
(٣) المنتقى ٨٥/٥.
(٤) الشرح الصغير وحاشيته ٣٥٧/٣.
(٥) المرجع السابق وحاشية الصاوي عليه ٣٥٧/٣ ـ ٣٥٨.

وقوله: «ويباع ماله بحضرته» يعني أن مال المفلس يبيعه الحاكم بيع المزايدة ـ بالخيار ثلاثة أيام فإن وجد في مدة الخيار ثمناً أكثر باع به وترك الثمن الأول، وهذا في غير السلع التي يفسدها التأخير، أما السلع التي يفسدها التأخير كالخضر والفاكهة فتباع على البت.

ويستحب أن يباع مال المفلس بحضرته لأن ذلك أبلغ في قطع عذره وقال خليل في التوضيح: لا يبعد وجوب حضوره لبيع ماله[1].

ويعجل بيع الحيوان بعد المناداة عليه أياماً يسيرة، لأنه يسرع إليه التغير ويحتاج إلى مؤونة، وفي ذلك نقص لمال الغرماء. ويؤخر بيع العقار وينادى عليه كالشهرين لطلب زيادة الثمن.

أما العروض كالثياب والحديد فقيل إن بيعها يؤجل كالعقار وقيل إن بيعها يعجل إلا أن بيع الحيوان يكون أسرع من بيعها. ولا يباع الجميع إلا بالخيار ثلاثاً[2].

ويترك للمفلس الأخص من ماله ما يفي بنفقته وكسوته ونفقة وكسوة من تلزمه نفقته كزوجته وأولاده وأبويه الفقيرين لظن يسرته أي لمدة تظن فيها ميسرته ويكون ذلك كله معتاداً لا ما يُترفَّه به.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، إلا أنهم لم يقيدوا ذلك بظن يسرته، بل إن الشافعي قال: يترك له ذلك إلى أن يفك عنه الحجر[3].

وتباع دار سكناه إن كان بها فضل وتشترى له دار تناسبه[4].

وبه قال الشافعي في أحد قوليه، قال في المنهاج وشرحه مغني

---

(١) المرجع السابق.
(٢) شرح الزرقاني وحاشية البناني عليه ٥/٢٧١.
(٣) الهداية ٣/٢٨٦ والمهذب ١/٣٢٢ والمغني ٤/٤٨٩.
(٤) حاشية الدسوقي ٣/٢٧٠.

المحتاج: «ويباع مسكنه وخادمه في الأصح، وإن احتاج إليهما لزمانته ومنصبه، لأن تحصيلهما بالكراء يسهل، فإن تعذر فعلى المسلمين. والثاني: يبقيان للمحتاج إن كانا لائقين به دون النفيسين»[1].

وقال أحمد وأبو خنيفة: لا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها، لأنها بمنزلة ثيابه وقوته فلها حكمهما. قاله في المغني[2].

ويحبس المُفلس لثبوت عسره إن جُهل حاله إن لم يأت بحميل يوجه وأولى بمال، فإن لم يأت حميل الوجه به لزمه غرم الدين إلا أن يثبت عسره فلا شيء على واحد منهما، كما يحبس ظاهر الملاءِ إن ادّعى العدم إن لم يأت بحميل حتى يثبُت عسره. وإن كانت امرأة حبست مع امرأة أمينة أو ذات زوج أمين، مع أمانة الزوجة نفسها[3].

ولا تبيت مع الرجل زوجته في السجن، لأنه سُجن للتضييق عليه، فإذا لم يمنع لذلته لم يضيق عليه، ولو حكم عليهما معاً بالسجن لم يمنعا أن يجتمعا إذا كان السجن خالياً ولو كان فيه رجال ونساء حبس الزوج مع الرجال وحبست المرأة مع النساء، ووجه ذلك أنهما مسجونان فلم يقصد بكونها معه إدخال الراحة عليه والرفق به، وإنما قصد بذلك استيفاء حق على كل منهما. قاله الباجي.

ثم قال: «ولا يمنع المحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه، ولا ممن يخدمه» ويعالج إذا كان مريضاً، قال: «ووجه ذلك أن منعه مما تدعوه الضرورة إليه يُفضي به إلى الهلاك وإدخال المشقة العظيمة والعنت عليه وذلك غير لازم في حقه»[4].

(١) مغني المحتاج ٢/١٥٤.
(٢) المغني ٤/٤٩٢.
(٣) الشرح الصغير ٣/٣٦٨ - ٣٧١.
(٤) المنتقى ٥/٨٨.

ويمنع المسجون من الخروج إلى الجمعة والعيد وغيرهما من الشعائر الدينية، وإنما يصلي الجمعة ظهراً داخل السجن، وإن كانوا جماعة صلوها ظهراً جماعة. كما تقدم في باب الجمعة.

وإذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو غيرهم من قرابته وخيف عليهم فاستُحسِنَ أن يخرج إليهم ليعودهم ويؤخذ منه كفيل بالوجه، حتى يعود[1].

واتفق الثلاثة مع مالك في أن من عليه الدين إذا جهل حاله يحبس حتى يثبت عسره، قال ابن المنذر: «أكثر من نحفظ قوله من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين، وممن نحفظ ذلك عنه: مالك وأصحابه والشافعي والنعمان وأصحابهما»[2].

وبه قال أحمد، قال الخرقي: «ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتي ببينة تشهد على عسره»[3]اهـ.

والأصل في ذلك حديث عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال: «ليُّ الواجد يُحِلُّ عرضه وعقوبته». أخرجه أبو داود وسكت عنه وقال: «قال ابن المبارك: عرضه: يغلظ له، وعقوبته: يحبس له» كما سكت عنه المنذري وقال: «وأخرجه النسائي وابن ماجه[4]. وأخرجه البيهقي والحاكم وقال: صحيح الإسناد وصححه الذهبي، وفي رواية البيهقي: «قال سفيان: يعني عرضه أن يقول: ظلمني في حقي، وعقوبته يسجن»[5].

ولا يُلزَم المفلس بتسلف ولا تكسب باستئجار ونحوه، بل ينظر إلى

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الإشراف في مذاهب أهل العلم ١/١٤٥ - ١٤٦.

(٣) المغني ٤/٧٩٩.

(٤) مختصر سنن أبي داود ٥/٢٣٦.

(٥) السنن الكبرى ٦/٥١ والمستدرك ٤/١٠٢.

الميسرة، لقوله تعالى: ﴿وإن كانَ ذُو عُسرةٍ فَنَظِرةٌ إلى مَيْسرَةٍ وأن تَصَدَّقُوا خَيرٌ لَكُمْ إن كُنتُم تَعْلَمُونَ﴾(١).

ففي هذه الآية دليل على وجوب إنظار المعسر، وعدم زيادة الدين في ذمته، وفيها الحث على الصدقة عليه بإبراء ذمته وأن ذلك خير من الإنظار.

وقد وردت أحاديث كثيرة في فضل إنظار المعسر وإبرائه من الدين ففي الصحيحين ـ واللفظ لمسلم ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «كان رجل يداين الناس، فكان يقول لفتاه: إذا أتيت معسراً تجاوز عنه لعل الله يتجاوز عنا، فلقي الله فتجاوز عنه»(٢).

وفي صحيح مسلم عن أبي قتادة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من سره أن ينجيه الله من كُرب يوم القيامة فلينفس عن معسر أو يضع عنه»(٣).

وإذا قارنا بين التشريع الإسلامي في هذا المجال وبين قوانين المجتمعات الغربية التي يدعي أهلها أنها تحافظ على حقوق الإنسان نجد أن بينهما فرقاً كبيراً.

فالشرع الإسلامي لا يلزم المعسر بأي شيء، فلا يستخدمه لقضاء الدين، وإنما يتركه طليقاً حتى الميسرة، وإذا أيسر لا يُكَلَّفُ إلا بقضاء ما كان عليه بدون زيد، بل رغب الشرع في إبراء ذمته وترك سبيله ـ كما تقدم.

أما قوانين المجتمعات الغربية فتستخدم المعسر وتزيد الدين في ذمته كلما تأخر القضاء حتى يصير أضعافاً مضاعفة. وبذلك يظل المدين سجيناً، وعبداً قناً لصاحب الدين.

هكذا تفعل قوانين المجتمعات الغربية التي تتظاهر بالحرية ومراعاة حقوق الإنسان، ومعارضة الاستعباد.

* * *

---

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) صحيح البخاري ٧٣١/٢ وصحيح مسلم ١١٩٦/٣.

(٣) المرجع السابق.

فَصْلٌ في الحَجر



Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

اعلم أنَّ أَسبابَ الحجرِ الجنونُ والصِّبا والرِّقُ فالمَجنونُ لإفاقَتِه والصبيُّ لبُلوغِه رشيداً.

* * *

الحجر: مثلث الحاء وهو لغة المنع والحرام قال تعالى: ﴿ويَقُولُونَ حِجراً مَحْجُوراً﴾[1] أي حراماً محرماً.

ويكون أيضاً بمعنى المنعة ومنه قول حسان بن ثابت:

«أولئك قوم لو لهم قيل أنفذُوا أميرَكُمُ ألفيتموهُم أُولي حجر»

أي أولي منعة، والحِجر أيضاً: الحضن، ومنه قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمْ اللاَّتِي في حُجُورِكُم﴾[2].

والحِجر بالكسر: العقل ومنه قوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذي حِجْرٍ﴾[3] أي لذي لب وعقـل، كما يُـطلقُ الحِجر على حِجـر الكعبة المعروف. هذا تعريفه اللغوي.

أما تعريفه شرعاً فقال ابن عرفة هو: «صفة حكمية توجب حكم منع

---

(١) الفرقان: ٢٢.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) الفجر: ٥.

موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله قال: وبه دخل حجر المريض والزوجة»[1]اهـ.

أما أسباب الحجر فسبعة، منها الفلس الذي تقدم ذكره، ومنها الجنون والصبا والرق. ومنها غير ذلك مما سيأتي إن شاء الله.

فالمجنون ـ بصرع أو استيلاء وسواس ـ محجور عليه حتى يُفيق رشيداً، فإن أفاق بالغاً رشيداً فُكَّ عنه الحجر، وإن أفاق صبياً أو سفيهاً حجر عليه لأجلهما، ويحجر على المجنون أبوه أو وصيه إن كان له وصي، وَجُنَّ قبل بلوغه وإلا فالحاكم.

وأما الصبي فيحجر عليه حتى يبلغ رشيداً، فإن بلغ سفيهاً يستمر الحجر عليه للسفه. قال تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رشداً فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[2].

قال القرطبي: «اعلم أن دفع المال يكون بشرطين: إيناس الرشد، والبلوغ، فإن وجد أحدهما دون الآخر لم يجز تسليم المال، كذلك نص الآية وهو رواية ابن القاسم وأشهب وابن وهب عن مالك في الآية، وهو قول جماعة الفقهاء إلا أبا حنيفة وزفر والنخعي، فإنهم أسقطوا إيناس الرشد ببلوغ خمس وعشرين سنة، قال أبو حنيفة: لكونه جداً»[3] اهـ.

وقال في المنهاج: «وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً»[4] ومثله في المغني[5].

وما نسب القرطبي لأبي حنيفة مثله في الهداية وغيرها. قال في الهداية:

---

(١) شرح حدود ابن عرفة ص ٣١٣.

(٢) النساء: ٦.

(٣) تفسير القرطبي ٥/٣٨.

(٤) مغني المحتاج ٢/١٦٦.

(٥) المغني ٤/٥٠٥ـ٥٠٦.

«ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يُسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد، وقالا: لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه»[1]اهـ.

ويعني بقوله: «وقالا» أبا يوسف ومحمد بن الحسن.

والبلوغ عرفه المازريّ: «بأنه قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولية إلى حال الرجولية». نقله عق[2].

وعلامات البلوغ خمس، ثلاث يشترك فيها الذكر والأنثى، واثنتان تختص بهما الأنثى، فالثلاث التي يشتركان فيها هي:

١ ـ الحلم أي خروج المني من الرجل أو المرأة في نوم أو يقظة، لقوله تعالى: ﴿وإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَاذِنُوا كما اسْتَأْذَنَ الذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾[3].

قال ابن جزي: «لما أمر الأطفال بالاستئذان في ثلاثة أوقات، وأباح لهم الدخول بغير إذن في غيرها أمرهم هنا بالاستئذان في جميع الأوقات إذا بلغوا ولحقوا بالرجال»[4]اهـ.

وعن عمر وعلي رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم». أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وقال: صحيح الإسناد. وأخرجه البيهقي[5].

---

(١) الهداية ٢٨٢/٣.   (٢) شرح الزرقاني على خليل ٢٩٠/٥.

(٣) النور: ٢٩.

(٤) تفسير ابن جزي ٧٢/٣.

(٥) فيض القدير ٣٥/٤ ـ ٣٦ والمستدرك ٣٨٩/٤ والسنن الكبرى ٥٧/٦.

٢ ـ بلوغ ثمان عشرة سنة على المشهور أي بإكمالها وقيل بالدخول فيها، وبه قال أبو حنيفة في الغلام، أما الجارية فسن بلوغها عنده سبع عشرة سنة.

وقيل بخمس عشرة سنة واختاره ابن وهب وابن الماجشون وأصبغ وارتضاه ابن العربي، وبه قال الشافعي وأحمد[1].

والأصل في كون سن البلوغ ثمان عشرة سنة ما أخرجه البيهقي: «عن عوف بن خلاس، عن أبي هريرة مرفوعاً: «رفع القلم عن ثلاثة عن الغلام حتى يحتلم فإن لم يحتلم يكون ابن ثمان عشرة..» قال البيهقي: «حدثنا محمد بن القاسم الطائكاني فذكره في حديث طويل موضوع»[2].

أما كون سن البلوغ خمس عشرة سنة فالأصل فيه ما أخرجه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عُرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يُجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني».

وفي رواية للبيهقي: «فلم يجزني، ولم يرني بلغت». وصححه ابن خزيمة[3].

قال في سبل السلام: «وفيه دليل على أن من استكمل خمس عشرة سنة صار مكلفاً بالغاً له أحكام الرجال، ومن كان دونها فلا»[4]اهـ.

٣ ـ إنبات الشعر الخشن على العانة، وهل يعتبر هذا علامة بلوغ مطلقاً، في حق الله تعالى وحق الآدمي وهو المشهور، أو يعتبر علامة بلوغ

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٥/٥٩ وتفسير القرطبي ٥/٣٥ ومغني المحتاج ٢/١٦٦ ـ ١٦٧ والهداية ٣/٢٨٤ والمغني ٤/٥٠٩ ـ ٥١٠.

(٢) السنن الكبرى ٦/٥٦ ـ ٥٧.

(٣) بلوغ المرام ص ١٧٨.

(٤) سبل السلام ٣/٨٨٠.

فقط في حق الآدمي، أما في حق الله عز وجل كالصلاة والصيام ونحوهما فلا[1].

والأصل في ذلك حديث عطية القرظي رضي الله عنه قال: «عُرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قُتِل ومن لم يُنبت خلى سبيله، فكنت ممن لم يُنبت فخلى سبيلي، رواه الأربعة وصححه ابن حبان والحاكم، وقال: على شرط الشيخين. قاله في بلوغ المرام[2].

وبه قال أحمد والشافعي في أحد قوليه، وقوله الآخر، وصححه في المنهاج: أن الإنبات بلوغ في حق الكافر لا المسلم[3]. أما أبو حنيفة فلا يعتبر الإنبات بلوغاً، لا في حق الكافر ولا المسلم، قاله في المغني[4].

ويصدق الصبي في إخباره بالبلوغ وعدمه إن لم يُربْ أي يُشك في صدقه، فإن شك في صدقه فلا يصدق فيما يتعلق بالمال ويصدق فيما يتعلق بالجناية لدرء الحد بالشبهة[5] ولا تكشف عورته لاختبار بلوغه، ولا ينظر إليها في المرآة خلافاً لابن العربي، لأن حصول الريب لا يُبيح محظوراً[6].

أما العلامتان اللتان تختص بهما الأنثى فهما الحيض والحمل، فإذا حاضت الجارية أو حملت فقد بلغت، لحديث: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار». أخرجه أحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه وابن خزيمة والحاكم من حديث عائشة، وأعلّه الدارقطني بالوقف[7].

---

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/٢٩١.

(٢) بلوغ المرام ص ١٧٨.

(٣) المغني ٤/٥٠٩ ـ ٥١٠ ومغني المحتاج ٢/١٦٧.

(٤) المغني ٤/٥٠٩ ـ ٥١٠.

(٥) منح الجليل ٣/١٦٨.

(٦) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/٢٩١.

(٧) تلخيص الحبير ١/٢٧٩.

وتقدم الدليل من الكتاب والسنة على أن الاحتلام من علامات البلوغ سواء كان من الرجل أو المرأة، ومعلوم أن الحمل لا يقع إلا من ماء الرجل والمرأة معاً.

ولا خلاف بين العلماء أن الحيض والنفاس بلوغ وهو مذهب الأئمة الثلاثة[1].

أما الرشد فهو حفظ المال من التبذير وصيانته من الضياع، ومعرفة وجوه أخذه وإعطائه من غير إسراف، ولا تعلق له بالدين عندنا[2]. وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وتقدم أن أبا حنيفة: لا يحجر على من بلغ خمساً وعشرين سنة، فإذا بلغها دفع إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد[3].

وقال الشافعي: الرشد: صلاح الدين والمال، فلا يفعل مُحرماً يبطل العدالة، ولا يبذر. قاله في المنهاج[4].

وقول المصنف: «لبلوغه رشيداً..» يعني أن الصبي ذا الأب ينتهي الحجر عليه بمجرد بلوغه رشيداً، فلا يحتاج لفك الأب الحجر عنه.

أما الصبي المحجور من قبل الوصي أو مقدم القاضي فلا بد أن يُفك عنه الحجر، بحيث يقول الوصي، أو المقدم للشهود: اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان بن فلان، وأطلقت له التصرف، لما قام عندي من رشده، وحسن تصرفه[5].

وقال الشافعي وأحمد في أصح روايتيه: ينفك الحجر عنه بمجرد

---

(١) اللباب ٢/٦٨ ومغني المحتاج ٢/١٦٦ ـ ١٦٧ والمغني ٤/٥١٠.
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١/٣٢٢.
(٣) اللباب ٢/٦٨ ـ ٦٩ والمغني ٤/٥١٦.
(٤) مغني المحتاج ٢/١٦٨.
(٥) الشرح الصغير ٣/٣٨٢ ـ ٣٨٣.

البلوغ والرشد، فلا يحتاج إلى فك قاض أو غيره، لا فرق في ذلك بين ذي الأب وغيره[1].

* * *

وهَلْ تصرفُ المكلَّفِ مردودٌ، أو حتى يُحجَر عليهِ إذا كان سفيهاً؟ الثَّانِي: قول مالكٍ، فعليه لا يكفي رشدُه بعد الحجر، بل لا بدَّ أن يَفكَّ عنه الولي. ويُزادُ للأنثى دخولُ زوجٍ بها وطولٌ بعده، وشهادةُ عدلين بحفظها مالِها.

* * *

يعني أن تصرف المكلف السفيه قبل الحجر عليه مختلف فيه، فقال ابن القاسم إنه مردود، لأن علة الرد هي السفه، وهو موجود، وقال الإمام مالك: إن تصرفه ماض حتى يحجر عليه لأن العلة هي الحجر ولم يقع بعد، وبه قال كبراء أصحاب مالك غير ابن القاسم وهو المعتمد[2].

وعلى القولين ينبني العكس، فإذا تصرف المكلف بعد أن رشد وقبل فك الحجر عنه، فعند ابن القاسم: يمضي تصرفه، لأن المانع ـ وهو السفه ـ قد زال، وعند مالك، وهو المعتمد: لا يمضي تصرفه لأن الحجر هو المانع، وما زال عليه، فتصرفه مردود حتى يفك عنه الحجر[3].

وقوله: «ويزاد في الأنثى. . » إلخ يعني أن الأنثى يزاد لها على البلوغ والرشد وفك الوصي والمقدم ثلاثة شروط حسبما ذكر المصنف وهي:

١ ـ دخول زوج بها بالفعل، فإن لم يدخل بها فهي على الحجر.

---

(١) مغني المحتاج ٢/١٧٠ والمغني ٤/٥٠٦.

(٢) منح الجليل ٣/١٧٤ ـ ١٧٥.

(٣) شرح الزرقاني على خليل ٥/٢٩٥ ـ ٢٩٦.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

٢ - شهادة عدلين على حفظها لمالها وحسن تصرفها فيه، ولا يشترط أكثر من اثنين على المشهور، وقيل: لا بد من كثرة الشهود وأقلهم عند ابن الماجشون أربعة وتجوز شهادة الرجال والنساء، أو الرجال فقط[١].

وعلى عدم الاكتفاء بعدلين درج ابن عاصم في التحفة فقال:

«والشأن الاكثار من الشهود في عقدي التسفيه والترشيد
وليس يكفي فيهما العدلان وفي مرد الرشد يكفيان»

٣ - أن تطول المدة بعد دخول زوج بها، وشهر ابن الحاجب أن تكون سنة بالنون وضبطها ابن فرحون بالتاء أي ست سنوات بعد الدخول، لكن المشهور عند ابن رشد وعياض وغيرهما أن طول المدة بعد الدخول غير شرط لا بسنة ولا بغيرها[٢].

وهو ما اقتصر عليه خليل وصاحب الأصل وغيرهما، أن الأنثى يزاد لها شرطان فقط: دخول زوج بها وشهادة عدلين على حفظها لمالها[٣].

وللأب ترشيد البنت قبل دخول زوج بها، ولو لم يشهد العدلان على حفظها لمالها، فإذا رفع الحجر عنها مضت تصرفاتها. والوصي كالأب في ذلك إلا أنه لا يفك الحجر عنها إلا بعد البناء، واختلف في مقدم القاضي هل له ترشيدها بعد البناء كالوصي؟ والراجح أنه ليس له ذلك. قال خليل: «وللأب ترشيدها قبل دخولها، كالوصي ولو لم يعلم رشدها، وفي مقدم القاضي خلاف»[٤].

قال الدردير: «هل له ترشيدها بعد الدخول؟ والراجح: لا»[٥] اهـ. «وهذا إذا لم يعلم رشدها بالبينة، وإلا كان له ترشيدها». قاله الدسوقي[٦].

(١) شرح الزرقاني على خليل ٢٩٦/٥.
(٢) منح الجليل ١٧٥/٣.
(٣) مختصر خليل ص ٢٠٥ والشرح الصغير ٣٨٣/٣.
(٤) مختصرخليل ص ٢٠٥.
(٥) الشرح الكبير للدردير ٣٩٩/٣.
(٦) المرجع السابق.

وقال الثلاثة: لا فرق بين الأنثى والذكر، فإذا بلغت الأنثى رشيدة، دفع إليها مالها. قال في المغني: «إن الجارية إذا بلغت رشيدة دفع إليها مالها وزال عنها الحجر، وإن لم تتزوج، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور، وابن المنذر، ونقل أبو طالب عن أحمد: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد، أو يمضي عليها سنة في بيت الزوج»(١).

وهذا القول الأخير قريب مما تقدم عن مالك في أحد الوجوه. واستدل له ابن قدامة بقوله: «روي ذلك عن عمر، وبه قال شريح والشعبي وإسحاق، لما روي عن شريح أنه قال: عهد إليَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً أو تلد ولداً، رواه سعيد في سننه، ولا يعرف له مخالف فكان إجماعاً»(٢) اهـ.

* * *

وعَلى الوليِّ ردُّ تصرفه لغيرِ معاوضةٍ وإقرارٍ بمال وإلَّا فله النظرُ. ويضمَن الصبيُّ ما أفسد إن لم يُؤتَمنْ عليه وإلا ضَمنَ الأقلَّ مما أصلحَ به مالَه فيه إن بقي. والسفيهُ فيما مرَّ كذلك، ويَمضِي طلاقُه وإقرارُهُ بمُوجبِ عقوبتِه.

* * *

يعني أن الولي يتعين عليه ردّ تصرف صبي مميز في غير معاوضة كهبة وصدقة ونحوهما، كما أن عليه ردّ إقراره بمال في ذمته إلا إذا ثبت ببينة.

أما تصرفه بمعاوضة كبيع وشراء وهبة ثواب، فللولي النظر فيه فإن رآه

---

(١) المغني ٤/٥١٢.

(٢) المرجع السابق.

صواباً أمضاه وإلا ردّه، كما أن للصبي أن يردّ تصرف نفسه في زمن صغره إذا بلغ ورشد، ولو وقع ذلك التصرف في حال صباه صواباً. إلا إذا كان ذلك كدرهم لضرورة عيشه فلا يحجر عليه فيه ولا يرد تصرفه فيه[1].

وقوله: «ويضمن الصبي ما أفسد..» إلخ يعني أن الصبي إذا أتلف شيئاً من مال غيره ـ ضمنه ولو غير مميز فتؤخذ قيمة ما أفسد من ماله إن كان له مال، وإلا اتبع به في ذمته، إلا إذا كان مؤتمناً على ما أفسد ـ فلا ضمان عليه، لأن ائتمانه عليه بمنزلة الإذن له في إتلافه.

إلا إذا أتلفه في صيانة ماله فإنه يضمن الأقل مما صونه به وما أتلفه، كأن ينفق مما أُمّن عليه في أكل أو كسوة أو نحو ذلك[2]. فيضمن الأقل منهما إن بقي ماله لوقت الحكم، وإلا فلا غرم عليه[3].

وقوله: «والسفيه فيما مرّ كذلك..» يعني أن السفيه كالصبي المميز في جميع ما تقدم من لدن قوله: «وللولي رد تصرفه..» إلى هنا.

غير أن طلاقه أي السفيه يمضي بخلاف الصبي فلا يمضي طلاقه كما تقدم في باب الطلاق، كما أن السفيه يمضي إقراره بما يستلزم العقوبة، كأن يقول إنه سرق أو قذف فلاناً أو قتله ـ فيلزمه الحد والقصاص بخلاف الصبي فلا يلزمه في ذلك قود ولا قصاص.

وإنما تلزم الدية في الجناية، فإن بلغت الثلث فأكثر تكون على عاقلته، وإن كان دون ذلك فعليه، كجنايته ـ حسبما تقدم في إتلافه للمال[4].

وبه قال الثلاثة؛ قال في المغني: «وجملته أن المحجور عليه لفلسٍ أو سفهٍ إذا أقرّ بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل

---

(١) الشرح الصغير ٣/٣٨٤ ـ ٣٨٥.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٢٩٦.
(٣) الشرح الصغير ٣/٣٨٦.
(٤) المرجع السابق.

العمد، أو قطع اليد وما أشبهها ـ فإن ذلك مقبول، ويلزمه حكم ذلك في الحال، لا نعلم في هذا خلافاً». وحكى عن ابن المنذر الإجماع على ذلك، قال: «وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم»[1] هـ.

* * *

والوليُّ الأبُ، فله البيعُ مطلقاً وإن لم يُبين السببَ، بخلافِ غيرِه فليس له بيعُ العقارِ إلا بإثبات سببٍ مما هو مبسوط في الأصل وغيره، ثم الوصيُّ وإن تسلسل. وعند فقدِهما فالحاكمُ، وهو وَليُّ من طرأ عليه بعد الرشدِ سفهٌ أو جُنونٌ.

* * *

يعني أن الولي أصالة على المحجور صغيراً كان أو سفيهاً أو مجنوناً لم يطرأ السفه والجنون عليهما بعد البلوغ ـ هو الأب المسلم الرشيد، لا غيره من جدّ وأم وعم وغيرهم إلا بالإيصاء، فله أي الأب بيع مال ولده المحجور مطلقاً كان المبيع عقاراً أو غيره، ولو لم يبيّن سبب البيع، لأن بيعه محمول على السداد.

أما غير الأب من وصي ومقدّم قاضٍ.. فلا يبيع العقار إلا بسبب من الأسباب التي تبيح بيع عقار المحجور، وسيأتي ذكرها إن شاء الله.

ثم يأتي بعد الأب وصيّه وإن تسلسل، بأن أوصى الوصي غيره ثم أوصى ذلك آخر وهلمّ جرّا، ثم بعد فقدهما أي فقد الأب والوصي يأتي الحاكم أو مَن يقوم مقامه كالقاضي[2].

---

(١) المغني ٤/٥٢١.

(٢) الشرح الصغير ٣/٣٨٩ ـ ٣٩١.

وهو أي الحاكم وليّ مَن طرأ عليه سفه أو جنون بعد الرشد. ومعلوم أن الرشد لا يكون إلا بعد البلوغ، إذ هو بلوغ وحسن تصرف[1].

واختلف الثلاثة في الحجر على مَن طرأ عليه السفه بعد الرشد وفك الحجر عنه، فقال الشافعي وأحمد بما قال مالك: يُعاد عليه الحجر[2]. وقال أبو حنيفة: لا يحجر على الحرّ البالغ العاقل السفيه، وتصرفه في ماله جائز ولو كان مبذراً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة. وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا: يحجر على السفيه ويمنع من التصرف[3].

وحجة الجمهور ما أخرجه الشافعي والبيهقي: «عن عروة بن الزبير قال: ابتاع عبد الله بن جعفر بيعاً فقال علي رضي الله عنه: لآتينَّ عثمان فلأحجرنّ عليك، فأعلم بذلك ابنُ جعفر الزبيرَ فقال: أنا شريكك في بيعتك فأتى عثمان رضي الله عنهما فقال: تعالَ احجر على هذا فقال الزبير: أنا شريكه، فقال عثمان: احجر على رجل شريكه الزبير؟». أخرجه الشافعي بهذا اللفظ[4].

أما رواية البيهقي عن عروة ففيها: أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضاً بستمائة ألف درهم قال: فهم علي وعثمان أن يحجرا عليه». وساق نحو ما أخرج الشافعي. قال البيهقي: قال الشافعي رحمه الله: فعلي رضي الله عنه لا يطلب الحجر إلا وهو يراه، والزبير رضي الله عنه ـ لو كان الحجر باطلاً لقال: لا يحجر على بالغ حر، وكذلك عثمان، بل كلهم يعرف الحجر»[5].

ويبيع الحاكم من مال المحجور ـ ما تدعو إليه الضرورة لنفقة ووفاء دين ونحوهما. وإنما يبيع بعد ثبوت يتـم اليتيم وإهماله وثبوت ملكه لما يباع

---

(١) المرجع السابق.

(٢) الإقناع على أبي شجاع ٢٧٨/١، والمغني ٥١٨/٤.

(٣) الهداية ٢٨١/٣.

(٤) نيل الأوطار ٣٦٧/٥.

(٥) السنن الكبرى ٦١/٦.

وثبوت أنه أولى بالبيع من غيره، وبعد التسوّق بالمبيع أي الإعلان عن بيعه بالمزاد، ثم ثبوت السداد في الثمن المُعطى فيه.

ولا بدّ من التصريح بأسماء الشهود في وثيقة البيع بأن يكتب فيها: ثبت عندي بشهادة فلان وفلان يُتم فلان وإهماله إلى آخر الشروط الآنفة الذكر[1].

وقيل إنه لا يجب عليه تسجيل أسماء الشهود إن كان عدلاً. وإلى هذا الخلاف أشار خليل فقال: «وفي تصريحه بأسماء الشهود قولان»[2]. قال محمد عليش «قولان» في الحاكم العدل، وإلا فلا بدّ من التصريح بأسمائهم، وإلا نقض حكمه»[3] اهـ.

* * *

والتبذير: صَرفُ المالِ في مَعصيةٍ أو مُعاملةٍ بغَبن فاحشٍ أو شهواتٍ على خلافِ العادةِ. ويتصرفُ الوليّ بالمصلحة وجوباً.

* * *

يعني أن التبذير الذي هو لازم السفه ـ هو صرف المال في معصية كصرفه في الخمر والقمار ونحوهما من أنواع المحرمات التي نهى الله عنها. كما أنه يطلق أيضاً على عدم حسن التصرف في المال كالغبن الفاحش، ولو من صالح، وصرف المال في الشهوات التي لا يستعملها مثله في مأكل ومشرب وركوب. أو إتلاف المال هدراً، كأن يطرحه في الأرض أو يرميه في بحر ونحو ذلك[4].

---

(١) الشرح الصغير وحاشيته ٣/٣٩١.

(٢) مختصر خليل ص ٢٠٥.

(٣) منح الجليل ٣/١٨٢ ـ ١٨٣.

(٤) الشرح الصغير ٣/٣٩٣.

وقد ذم الله التبذير ونهى عنه فقال تعالى: ﴿ وَلَا تُبَذِّر تَبْذِيراً إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوانَ الشَّيَاطِينِ، وَكانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُوراً﴾[1]. قال القرطبي: «قال الشافعي: والتبذير إنفاق المال في غير حقه، ولا تبذير في عمل الخير وهذا قول الجمهور»[2]. فلا يحجر على مَن كان كثير الإنفاق والصدقات وصلة الأرحام.

قال الشيخ محمد العاقب في نظمه لنوازل سيدي عبد الله:

«وكثرة الإنفاق والهبات ... تُعَدُّ من دلائل الخيرات
فمُولعٌ بذاك لا يُسَفَّهُ ... والقول بالحجر عليه سَفَهُ
وإنما الحَجْر على الصغير ... وفاقِدِ العقلِ وذي التَّبذير
وكيف يعزى للسَّفَاهِ من سَخا ... لِصونِ عرضٍ لم يُدنِّسْه الطخى»[3]

ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿ لَن تَنَالُوا البِرَّ حَتَّى تُنفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ﴾[4] وأخرج الشيخان عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلةَ المسجد، وكان رسول الله ﷺ يدخلها، ويشرب من ماء فيها طيِّب، قال أنس: فلما أُنزلت هذه الآية: ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبّون ﴾ قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿ لن تنالوا البرّ حتى تنفقوا مما تحبّون ﴾ وإن أحبَّ أموالي إليّ بيرحاء، وإنها صدقة لله، أرجو برّها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله قال: فقال رسول الله ﷺ «بخْ ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين». فقال أبو طلحة أفعلُ يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمّه»[1].

(١) الإسراء ٢٧.
(٢) تفسير القرطبي: ١٠/٢٤٧.
(٣)) مرجع المشكلات ص ٩١.
(٤) آل عمران ٩٢. (٥) صحيح البخاري ٢/٥٣٠ ـ ٥٣١، وصحيح مسلم ٢/٦٩٣.

وقوله: ويتصرف الولي..» إلخ يعني أن الولي يجب أن يتصرف في مال محجوره بالمصلحة العائدة إليه حالاً أو مآلاً، ولو كانت المصلحة في ترك أخذ شقص لمحجوره بالشفعة، أو كانت في ترك قصاص وجب لمحجوره الصغير على جان عليه أو على موروثه، ولا يعفو مجاناً، أما السفيه البالغ فينظر لنفسه في القصاص.

وإذا تصرف الولي في مال المحجور بغير مصلحته، فللمحجور إذا رشد أن يقوم بحقه بعد زوال الحَجْر عنه[1].

* * *

ولا يُباعُ عقارٌ ليتيمٍ إلا لحاجةٍ بيِّنةٍ، أو موجبٍ كقِلَّةِ غلةٍ.

* * *

يعني أن ولي اليتيم، وبعبارة أعمّ: وليّ المحجور ليشمل السفيه ـ لا يجوز أن يبيع عقاره إلا لحاجة واضحة كنفقة ووفاء دين لم يوجد لهما غير العقار، أو كون بيعه غبطة بأن زيد في ثمنه الثلث فأكثر، أو كونه يؤخذ عليه توظيف، أي تجبى عليه جباية، فيباع ويشترى بثمنه عقار غير موظف، أو كون غلته قليلة فيباع، ويُشترى من ثمنه عقار أكثر غلة، أو لخوف عليه من ظالم..

إلى غير ذلك من الأسباب الاثني عشر التي ذكر الفقهاء أن عقار المحجور لا يباع إلا لأجلها، ونظمها البدر الدماميني فقال:

«إذا بيع ربعٌ لليتيم فبيعُه ... لأشياءَ يُحصيها الذكيُّ بِفهمِه
قضاءٌ وإنفاقٌ ودعوى مشارِكٍ ... إلى البيع فيما لا سبيل لقسمِه
وتعويض كلٍّ أو عقار مخرب ... وخوف نزول فيه أو خوف هدمه
وبذل الكثير الحل في ثمن له ... وخفة نفع فيه أو ثقل غرمه
وترك جِوار الكفر أو خوف عطله ... فحافِظْ على فعِل الصَّواب وحكمِه»[2]

(1) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٣٩٣ ـ ٣٩٤.

(2) حاشية البناني على شرح الزرقاني ٥/٣٠١.

ومعنى: «ودعوى مشارك..» أن يكون العقار مشتركاً ولا يقبل القسم ويدعو الشريك لبيعه فتباع حصة المحجور عليه مع حصة الشريك. ومعنى: «أو عقار مخرب» أن يخشى على العقار الخرابَ ولا مال للمحجور عليه يُعمر به، أو له مال وكان بيع العقار الخرِب أولى من تعميره لكثرة تكاليفه.

ومعنى: «وتِلك جوار الكفر» أن يكون العقار بين كفار، أو جيران سوء ولو مسلمين ـ فيباع ويستبدل عقاراً غيره[1].

وأما غير العقار فللولي التصرّف فيه بتجارة وغيرها حسب ما تقتضيه المصلحة، وعليه أن يؤدي الحقوق التي على المحجور من نفقة وزكاة ونحوهما، وله أن يصالح عنه لمصلحته أي المحجور كما تقدم.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ﴾[2].

قال ابن العربي: «لما أذن الله تعالى للناس في مخالطة الأيتام مع قصد الإصلاح بالنظر لهم وفيهم ـ كان ذلك دليلاً على جواز التصرف للأيتام كما يتصرف للأبناء»[3].

* * *

والرقيقُ محجورٌ لسيدِه ولو بمعاوضةٍ إلا المكاتبَ والمأذونَ له في التجارةِ ولو في نوعٍ كوكيلٍ مُفوضٍ ، فله أن يضع ويُضَيِّف إنِ اسْتألَفَ.

* * *

(١) منح الجليل ٣/١٨٦.
(٢) البقرة ٢٢٠.
(٣) أحكام القرآن ١/١٥٥.

يعني أن العبد لسيده الحجر عليه في نفسه وماله قليلاً كان أو كثيراً ـ لأن له انتزاعه منه، سواء كان كامل الرق أو ذا شائبة حرية. سفيهاً كان أو رشيداً، فيحجر سيده عليه في الهبة والصدقة والبيع والإجارة ونحوها، إلا المكاتَب فإنه أحرز نفسه وماله، فتصرفاته ماضية، وإلا العبد المأذون له في التجارة على أن يكون الربح له أو لسيده، سواء أطلق له الإِذْن أو أذن له في نوع خاص كبيع الثياب ـ فإن هذا الإذن ينسحب على جميع الأنواع، ويكون العبد بمنزلة وكيل مفوض في سائر الأنواع.

وللعبد المأذون أن يضع بعض الدين عن بعض الغرماء ويؤخر عنه قضاء الدين. وله أن يضيِّف فرداً أو جماعة إن فعل ذلك استئلافاً للباعة والمشترين كي يقبلوا على البيع والشراء منه، ولا يجوز أن يتسلف أو يُعير إلا بإذن السيد.

وإذا أراد سيد المأذون أن يمنعه من التصرّف أو طلب غرماؤه تفليسه فإن الحجر عليه يكون كالحجر على المدين الحر، يتولاه القاضي، ولا دخل للسيد في ذلك كما تقدم.

* * *

ويحجرُ على مَريضٍ فيما ينشأُ عنه الموتُ عادةً كسُلٍ وحُمَّى قويةٍ وحاملٍ في السابعِ، وحاضرٍ صفَّ القتال، لا ملجـج في بحرٍ، في شدَّة ريح ـ فيما زاد على ثُلُثِه ولو كخُلع، فإن صحَّ مضى، وإلا فَللوارِثِ ردُّ ما زاد.

* * *

يعني أن المريض مرضاً مخوفاً ينشأ عنه الموت عادة ولو لم يكن غالباً به ـ يحجر عليه وارثه. قال خليل: «وعلى مريض حكم الطب بكثرة الموت

به»[1]. وقال ابن الحاجب: «والمرض المخوف ما يحكم الطب أن الموت به كثير»[2]. قال الدسوقي: «ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به، فيقال في الشيء كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه، والغلبة أخصّ»[3] اهـ.

ومثل المصنف لذلك المرض بالسِّل بكسر السين وضمها، وهو داء معروف يحدث في الرئة ينحل البدن حتى كأن الروح تنسل معه قليلاً قليلاً. وإياه يعني عروة بن حزام بقوله:

بِيَ السلُّ أو داء الهيام أصابني ... فإيَّاك عنِّي لا يكن بِكَ ما بيَا

ويقول فيه ابن أحمر:

أرانا لا يزال لنا حميم ... كداء البطن سِلًّا أو صفارا»[4]

غير أن مرض السل ـ من فضل الله ـ أصبح غير مخوف، وذلك أن الأطباء اكتشفوا له دواء ناجعاً فأصبح مرضاً خفيفاً ولله الحمد. وعليه فإن صاحبه فيما ظهر لي ـ لا يحجر عليه اليوم والله أعلم.

ومن المرض المخوف الحمى القوية التي جاوزت الحد في الحرارة وإزعاج البدن مع المداومة، وهي الحُمَّى المطبقة[5].

وذكر الطبيب الشنقيطي: الشيخ المصطفى بن أبي بكر الملقب: (أوفى) ـ خطرها، فقال في عمدة الطبيب:

ومَا مِنَ البَلْغمِ حُمَّى مُطْبَقَهْ ... لِلجسم بالطُّبخِ الشديد مُحْرِقَهْ
تبدأ أوَّلاً بطَبخ البَاطِنِ ... ثم تَثُورُ بِظُهُورِ الكَامِن

---

(1) مختصر خليل ص ٢٠٦.
(2) جواهر الإكليل ٢/١٠١.
(3) حاشية الدسوقي ٣/٣٠٦.
(4) تاج العروس ٧/٣٧٨.
(5) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٣٠٦.

في الجِسْمِ وَالدِّماغِ كالنِّيرانِ ... مِن اسمها مسبع البُحران
ويكثُر العرق ثم يُكشفُ ... وهذه ممَّا سواها أخْوَفُ»

ومن الأمراض المخوفة. القُولَنج (بضم القاف ومدِّها وفتح اللام وتكسر): «مرض معوي مؤلم يعسر معه خروج الغائط والريح». وقيل: إنه ريح غليظ يحتبس في المعي:[1]، فيحجر على مَن تلبس بأحد هذين المرضين وما شابههما من الأمراض المخوفة.

ويحجر على الحامل إذا أكملت ستة أشهر ودخلت في السابع ولو بيوم واحد. ويكفي في العلم ببلوغها ستة أشهر إخبارها بذلك، ولا يُسأل النساء[2].

وقوله: «فيما زاد على ثلث له ولو كخلع». يعني أن المريض بأحد الأمراض الآنفة الذكر يحجر عليه في تبرع كهبة وصدقة وحبس وعتق، إذا كان التبرع زائداً على ثلث ماله، لا في الثلث فدون، ومن التبرع الذي يرد ما زاد منه على الثلث: خلع الزوجة المريضة بأكثر من ثلث مالها، فإن صحّت مضى، وإن ماتت من مرضها فللوارث ردّ ما زاد على الثلث[3].

وكذلك المريض إذا تزوج ولم يفسخ نكاحه إلا بعد الدّخول فإن للزوجة الأقل من المسمى وصداق المثل والثلث. وتقدم أن نكاح المريض يفسخ قبل البناء وبعده وأنه إن فسخ قبل البناء لا شيء للزوجة[4].

والأصل في ردّ ما زاد على الثلث من تبرع المريض ـ ما أخرجه البزار عن أبي سعيد الخدري: «أن رجلاً في عهد رسول الله ﷺ أعتق ستة مملوكين لم يكن له مال غيرهم، ومات الرجل، فبلغ ذلك النبي ﷺ فأقرع بينهم،

(١) المرجع السابق وجواهر الإكليل ٢/١٠١.
(٢) المرجعان السابقان.
(٣) الشرح الصغير ٣/٤٠١.
(٤) المرجع السابق.

فأعتق اثنين وأرق أربعة». قاله في مجمع الزوائد قال: «وفيه علي بن زيد، وحديثه حسن، وفيه ضعف، وبقية رجاله رجال الصحيح»[1]. ورواه ابن حزم في المحلى عن طريق عمران بن حصين، وقال إنه حديث صحيح[2].

والأصل في الحجر على الحامل إذا كانت في شهرها السابع ما في الموطإ: «عن يحيى قال: سمعت مالكاً يقول: أحسن ما سمعت في وصية الحامل وفي قضاياها في مالها وما يجوز لها ـ أن الحامل كالمريض فإذا كان المرض الخفيف غير المخوف على صاحبه فإن صاحبه يصنع في ماله ما يشاء وإذا كان المرض المخوف عليه لم يجز لصاحبه شيء إلا في ثلثه». ثم قال: «فالمرأة الحامل إذا أثقلت لم يجز لها قضاء إلا في ثلثها، فأول الإتمام ستة أشهر، قال الله تبارك وتعالى: ﴿والوالدات يُرضعن أولادهنّ حولين كاملين﴾[3]. وقال: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾[4]. فإذا مضت للحامل ستة أشهر من يوم حملت لم يجز لها قضاء في مالها إلا في الثلث»[5].

ومثلها المقاتل الذي يحضر صفّ القتال ففي الموطإ: «قال ـ يحيى » وسمعت مالكاً يقول في الرجل يحضر القتال: إنه إذا زحف في الصف للقتال لم يجز له أن يقضي في ماله شيئاً إلا في الثلث، وأنه بمنزلة الحامل والمريض المخوف عليه، ما كان في تلك الحال»[6] اهـ. بخلاف من كان في بحر لُجيٍّ ـ أي عميق كثير الماء ـ وكان يحسن العوم، أو في مركب فلا يحجر عليه فيما زاد على ثلث ماله على المشهور، أما إذا كان لا يحسن العوم، ولم يكن في مركب فإنه يحجر عليه مطلقاً[7].

* * *

وَللزَّوجِ الحجْرُ على زَوجَتهِ في زائدٍ على ثُلُثِها وهُو ماضٍ

(١) مجمع الزوائد ٤/ ٢١١. (٢) المحلى ٩/ ٣٥٨. (٣) البقرة ٢٣٣.
(٤) الأحقاف ١٥. (٥) الموطأ ٢/ ٧٦٤ ـ ٧٦٥. (٦) المرجع السابق.
(٧) منح الجليل ٦/ ١٣٠ ـ ١٣١.

حتى يردَّه، وله ردُّ الجمِيع.

ولهَا استئنَافُ تبرعٍ بَعد طولِ زمَنٍ.

* * *

يعني أن للزوج أن يحجر على زوجته في تبرع زاد على ثلث مالها، لأن له الحق في التجمّل بمالها، وإن تبرعت بزائد فإن تبرعها يظل ماضياً حتى يردّه الزوج، وإن لم يعلم به حتى تأيمت أو مات أحدهما مضى التبرع.

أما إذا تبرعت بالثلث فأقل فإن الزوج لا يحجر عليها، كما لا يحجر عليها في الواجبات كنفقة أبويها.

وفي حالة ردّ الزوج لتبرعها فإن له أن لا يقتصر على رد ما زاد على الثلث، بل إن له ردّ الجميع إن تبرعت بزائد على الثلث[1].

وإذا تبرعت الزوجة بثلث مالها، وأرادت أن تتبرع مرة أخرى فلا يسمح لها بذلك إلا بعد أن يبعد ما بين التبرعين بنصف سنة فأكثر على الراجح، فلها التبرع من الثلثين الباقيين، وقيل إنه لا بدّ أن يكون بين التبرعين سنة فأكثر ورجحه ابن سهل[2].

والأصل في حجر الزوج على الزوجة في تبرعها بما زاد على ثلث مالها ما أخرجه ابن ماجه: «عن عبد الله بن يحيى: «رجل من ولد كعب بن مالك» عن أبيه عن جدّه، أن جدّته: خيرة امرأة كعب بن مالك أتت رسول الله ﷺ بحلي لها فقالت: إني تصدقت بهذا، فقال لها رسول الله ﷺ: «لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها، فهل استأذنتِ كعباً»؟ فقالت: نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب بن مالك: زوجها فقال: «فهل أذِنتَ لخيرةَ أن

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٣/٤٠٢.

(٢) المرجع السابق وحاشية الدسوقي ٣/٣٠٩.

تتصدّق بحليها؟» فقال: نعم فقبله رسول الله ﷺ منها»[1].

قال الشيخ محمد فؤاد في تعليقه على هذا الحديث: «في الزوائد في إسناده يحيى، وهو غير معروف في أولاد كعب، فالإسناد ضعيف»[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى روايتيه: إن للمرأة الرشيدة التصرّف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة. قاله في المغني[3]. ورواية أحمد الأخرى توافق مالكاً أنها لا تتبرع بأكثر من ثلث مالها إلا بإذن زوجها[4]. وروايته الأولى هي المذهب عند أصحابه[5].

واحتج أبو حنيفة والشافعي وأحمد في الأصح عنه بما في الصحيحين من حديث جابر: «يا معشر النساء تصدقن» إلى أن قال: «فجعلن يتصدقن من حليهنّ يُلقين في ثوب بلال من أقراطهنّ وخواتمهنّ»[6]. وبما في صحيح مسلم من حديث زينب امرأة عبد الله قالت: قال رسول الله ﷺ: «تصدقن يا معشر النساء ولو من حليكنّ»[7].

ولم يعلّق رسول الله ﷺ على رضا أزواجهنّ، ولم يخصّ ثلثاً من غيره والله أعلم.

انتهى الجزء الثالث بعون الله
ويليه إن شاء الله الجزء الرابع والأخير،
وأوله: باب في الصلح.

---

(١) سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المغني ٥١٣/٤ ـ ٥١٤.
(٤) المرجع السابق.
(٥) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣٤٣/٥.
(٦) إحكام الأحكام ١٢٩/٢ ـ ١٣٠.
(٧) صحيح مسلم ٦٩٤/٢.

فهرســـت الجزء الثالث

من تبيين المسالك

دار الغرب الإسلامي
بيروت ـ لبنان
لصاحبها الحبيب اللمسي
شارع الصوراتي (المعماري) ـ الحمراء ـ بناية الأسود
تلفون: 340131 - 340132 ـ ص. ب. 5787 - 113 بيروت ـ لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI - B.P.:113-5787 - Beyrouth - Liban

الرقم 1986 / 11 / 5000
سحب جديد 1995/3 / 1400/ 278
التنفيذ: كومبيو تايب ـ بيروت
الطباعة: مؤسسة جواد ـ بيروت



